Die mittelbare Täterschaft

Ein Beitrag zur Lehre von der Täterschaft

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Breslau

vorgelegt von

Johannes Bubolz

Referendar

1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: *Professor Dr. Nagler.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0039

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1922.

v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, Strafrechtl. Abhdl. Breslau. Heft 189.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II. Berlin 1907.

Bähr, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff. Strafrecht. Abhdlg. Breslau. Heft 331.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— Methodik der Gesetzgebung. Berlin 1922.

— Grundzüge des Strafrechts. 11. Aufl. Tübingen 1930.

Berges, Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung. Beitrag zur Lehre von der Täterschaft. Strafrechtliche Abhandlg. Breslau. Heft 333.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil. Bd. I. Leipzig 1902.

— Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Aufl. Leipzig 1907.

— Die Normen und ihre Übertretung. Leipzig. Bd. 1. 3. Aufl. 1916.
Bd. 2. 2. Aufl. 1914/16.
Bd. 3. 1918.
Bd. 4. 1919.

— Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Bd. I. München 1915.

v. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin 1890.

Brandt, Grenzen der mittelbaren Täterschaft. Erlanger Diss. 1916.

Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand. Köln 1932.

Bovensiepen, Das Jugendgerichtsgesetz. Altenburg 1923.

Buchzik, Die mittelbare Täterschaft unter besonderer Berücksichtigung von Kindern und Jugendlichen. Diss. Breslau 1931.

v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.

— Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Leipzig 1894.

Clementz, Mittelbare Täterschaft. Diss. Greifswald 1912.

Dahm, Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Strafr. Abhdlg. Breslau. Heft 224.

Dießelberg, Täterschaft und Teilnahme beim Sonderdelikt. Tübinger Diss. 1931.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 4. Aufl. 1929. (Leipz. Komm.). — 5. Aufl. 1932. Allgemeiner Teil ist besorgt von Lobe.

Engelsing, Eigenhändige Delikte. Strafrechtl. Abhdlg. Breslau. Heft 212.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.

Flegenheimer, Das Problem des dolosen Werkzeugs. Strafrechtl. Abhdlg. Breslau, Heft 164.

Franck, Kurt, Das dolose Werkzeug im System der Teilnahmeformen. Diss. Bonn 1931.

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1931.

— Aufbau des Schuldbegriffs. 1907.

Franke, Das Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1926.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin 1932.

— „Die materiellrechtlichen Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes". Festschrift für Rosenthal. Jena 1923.

Gierlich, Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht. Diss. Heidelberg 1909.

Graetzer, Mittelbare Täterschaft. Diss. Erlangen 1907.

Hegler, „Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft". Festschrift für das Reichsgericht Bd. V (RG.-Festgabe). Leipzig 1929.

— „Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelsperson". Festgabe für Richard Schmidt. Leipzig 1932, S. 51ff.

— Festgabe für Reinhard Frank. 2 Bde. Tübingen 1930.

Heimberger, Deutsches Strafrecht. Lehrbuch 1931 (Industrieverlag Spaeth & Linde).

Hellwig, Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1923.

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Münchener Preisschrift, Heidelberg 1909.

v. Hippel, Willensfreiheit und Strafrecht. Berlin 1903.

— Deutsches Strafrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil. Berlin 1925. Bd. II. Das Verbrechen. Berlin 1930.

Horn, Wie ist strafrechtlich die Handlung desjenigen zu werten, der einen anderen zu einem Verbrechen bestimmt, hierbei aber die Geisteskrankheit dieser Person verkennt oder Geisteskrankheit bei ihr irrtümlich annimmt? Ungedruckte Breslauer Diss. 1928.

Höpfner, „Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft". ZStW. 22, 203 ff.

Hübner, Das Problem des dolosen Werkzeugs im geltenden Strafrecht. Diss. Breslau 1926.

Huismans, Die mittelbare Täterschaft. Diss. Göttingen 1931.

Ibach, Die Anstiftung. Strafrechtl. Abhdlg. Breslau Heft 148.

Kiesow, Das Jugendgerichtsgesetz. Mannheim 1923.

Kohlrausch, Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. Berlin 1932.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Von Franz v. Liszt, besorgt von Eberhard Schmidt. Berlin 1927.

— Allgemeiner Teil desselben Lehrbuches. 23. Aufl. 1932.

Lucas-Ebermayer, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. 2. Teil. Das materielle Strafrecht. Berlin 1929.

Mayer, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des Strafrechts. Heidelberg 1915.

Merkel, Paul, „Anstiftung und Beihilfe". Frank-Festgabe, Bd. 2, S. 134ff.

Mezger, Strafrecht. Lehrbuch. München-Leipzig. 2. Aufl. 1933.

— „Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln". ZStW. 52, 529ff.

— „Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts". Festgabe für das Reichsgericht Bd. V, S. 13 ff.

v. Michael, Der Mensch als Werkzeug. Diss. Rostock 1914.

Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.

Nicolai, Die rassengesetzliche Rechtslehre. München 1933.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten (1867).

Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda. Strafr. Abhdl. Breslau, Heft 198.

Petri, Die mittelbare Täterschaft. Strafr. Abhdl. Breslau. Heft 125.

Röhricht, Die rechtliche Natur der Anstiftung. Strafr. Abhdl. Breslau. Heft 163.

Sauer, Grundlagen des Strafrechts. Berlin 1921.

Simons, „Die mittelbare Täterschaft und ihr Verhältnis zur Teilnahme". GerS. 101, 241 ff.

Schild, Das dolose Werkzeug. Diss. Erlangen 1932.

Schlenther, Die Teilnahme an Absichtsdelikten. Diss. Jena 1930.

Schmidt, Eberhard, „Die mittelbare Täterschaft". Festgabe für Frank, Bd. II, S. 106 ff.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts (siehe v. Liszt-Schmidt).

Schoetensack, Festschrift für Karl Binding. 1911, Bd. 1, S. 374 ff.

Schreiber, Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die aus physischen Gründen nur von bestimmten Personen begangen werden können. Strafr. Abhdlg. Breslau, Heft 172.

Schulze, Otto, Die mittelbare Täterschaft, insbesondere nach den neusten Entwürfen. Diss. Köln 1932.

Schwarz, Otto, Strafgesetzbuch. Kommentar. Liebmann Verl. 1933.

Wachenfeld, „Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug". ZStW. 40, 30 ff.

Weber, Die mittelbare Täterschaft unter eingehender Berücksichtigung der Benutzung von Kindern und Jugendlichen. Diss. Breslau 1928.

Webler-Wegner, Jahrbuch des Jugendrecht. Bd. I. 1928.

Wegner, Jugendrecht. Berlin-Leipzig 1929.

Winter, Die mittelbare Täterschaft. Diss. Münster 1917.

Wolf, Paul, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft. Strafr. Abhdlg. Breslau. Heft 225.

Zehnpfennig, Abgrenzung der mittelbaren Täterschaft gegenüber der Anstiftung. Diss. Köln 1931.

Zimmerl, „Vom Sinn der Teilnahmevorschriften". ZStW. 52, 166 ff.

Sammelwerke, Zeitschriften, Höchstrichterliche Entscheidungen, Motive, Strafrechtsentwürfe und Denkschriften.

Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, herausgegeb. von v. Holtzendorff. Leipzig (zit. DStrZ.)

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Berlin. (zit. Goltd.A.).

Deutsche Juristenzeitung. Berlin (zit. DJZ.).

Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, herausgegeb. von Reichsjustizkommissar Dr. Hans Frank-München.

Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß und die ergänzenden Disziplinen. Stuttgart. (zit. GerS.).

Juristische Wochenschrift. Leipzig (zit. JW.).

Strafrechtliche Abhandlungen Breslau (Schlettersche Buchhandlung). Begründet von Bennecke, jetzt herausgegeb. von Schoetensack.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).

Rechtsprechung des Kgl. Preuß. Obertribunals in Strafsachen, herausgegeben von Oppenhoff (zit. Oppenhoff-Rspr.).

Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLG.).

Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags. 1. Legislaturperiode. Session 1870. 3. Bd. Berlin 1870.

Bericht der Kommission für Rechtspflege über die Beratung des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten (Drucksachen der 1. Kammer Nr. 771 und 221). Berlin 1851.

Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923. Text nebst einem Abdruck der Begründung der Reichstagsvorlage des von dem Berichterstatter des Rechtsausschusses des Reichstags erstatteten Berichts und der preußischen Ausführungsbestimmungen. Zum Gebrauch für die preußischen Justizbehörden zusammengestellt im Preußischen Justizministerium. Berlin 1923.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamts. Berlin 1909. Begründung dazu: Allgemeiner und Besonderer Teil. Berlin 1909.

Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1919. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.

Entwürfe eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründungen. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1927 und 1930.

Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preuß. Justizministers. Berlin 1933.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Der Begriff der mittelbaren Täterschaft 1

§ 2. Bemühungen der Strafrechtstheorie um die rechtliche Begründung der mittelbaren Täterschaft 1

A. Einleitung: Problemstellung 1

B. Hauptteil: Der strafrechtliche Täterbegriff 2

1. Der restriktive Täterbegriff und die Begründungsversuche der mittelbaren Täterschaft 2

a. Belings Theorie vom sog. „Lebenssprachgebrauch“ . 3

b. Franks Regreßverbotstheorie 4

c. Heglers Übergewichtstheorie 7

2. Der extensive Täterbegriff und die mittelbare Täterschaft

a. Die vorwiegend an Kausalitätsgesichtspunkten orientierte subjektive, extensive Täterauffassung v. Buris und des Reichsgerichts 9

b. Die unter normativer Strafrechtsbetrachtung gewonnene objektive, extensive Täterauffassung, vertreten von Eberhard Schmidt und Mezger 12

C. Ergebnis: Die mittelbare Täterschaft geht in dem extensiven Täterbegriff auf. Einer besonderen rechtlich-konstruktiven Begründung bedarf es daher zu ihrer Annahme nicht . . 16

§ 3. Die Bedeutung der Teilnahmeformen für die mittelbare Täterschaft 16

§ 4. Das Anwendungsgebiet der mittelbaren Täterschaft 19

I. Mittelbare Täterschaft bei nichttatbestandsmäßigem Handeln der Mittelsperson 19

II. Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelsperson 20

III. Mittelbare Täterschaft bei schuldlosem und fahrlässigschuldhaftem Handeln der Mittelsperson 24

A. Einleitung: Begriffsbestimmung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und strafrechtlicher Schuld 24

B. Hauptteil: Gründe, welche die Schuld der Mittelsperson ausschließen und dadurch für den die Mittelsperson Benutzenden die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft eröffnen 26

1. Unzurechnungsfähigkeit infolge Geisteskrankheit . . 26

2. Altersunzurechnungsfähigkeit bei Kindern und Jugendlichen 28

a. Die §§ 2 und 3 JGG. als Schuldausschließungsgründe 28

Seite

b. Das Verhältnis der §§ 2 und 3 JGG. zu § 51 StGB. 30
c. Die limitiert-akzessorische Form der Teilnahme im § 4 JGG. 32
d. Kein Ausschluß der mittelbaren Täterschaft durch § 4 JGG. 32
e. Anwendungsfälle mittelbarer Täterschaft im Jugendgerichtsgesetz 36

3. Notstand und Nötigungsnotstand 38
4. Der bindende rechtswidrige Befehl 41
5. Der Irrtum der Mittelsperson 42
a. Die Bedeutung des § 59 Abs. 1 StGB. 42
b. Die Problematik des § 59 Abs. 2 StGB. (mittelbare Täterschaft bei fahrlässig-schuldhaftem Handeln der Mittelsperson) 43

IV. Mittelbare Täterschaft durch doloses Werkzeug (Werkzeug ohne Täterschuld) 45

A. Das absichtslose dolose Werkzeug 45

B. Das qualifikationslose dolose Werkzeug 50

V. Die Bedeutung des Irrtums des Hintermanns über die Schuldfähigkeit der Mittelsperson 53

§ 5. Grenzen der mittelbaren Täterschaft 55
Sind alle Delikte in mittelbarer Täterschaft begehbar?

I. Die Sonderdelikte 55

II. Die Gemeinverbrechen: 60

1. Die Erfolgsdelikte 60
2. Die Tätigkeitsdelikte 60
a. Die eigenhändigen Delikte 60
aa. Allgemeiner Überblick 60
bb. Die Eidesdelikte 61
b. Tätigkeitsdelikte, welche die mittelbare Begehung zulassen 61
3. Zweifelhafte Fälle mittelbarer Täterschaft: 62
a. Delikte wider die eheliche Treupflicht 62
b. Delikte gegen die Volkskraft 62
c. Delikte gegen die Sittlichkeit 63

§ 6. Ausblick auf die neue Rechtsgestaltung 65

§ 1. Der Begriff der mittelbaren Täterschaft.

Der Ausdruck „mittelbare Täterschaft" entstammt nicht der Sprache des Gesetzes, sondern ist eine Prägung der Rechtswissenschaft. Er dient zur Bezeichnung der Fälle, in denen jemand die Verwirklichung seines auf Begehung eines bestimmten Delikts gerichteten Täterentschlusses in der Weise bewirkt, daß die äußere Tätigkeit anstatt von ihm selbst von einem ohne Täterschuld handelnden Dritten vorgenommen wird. Derjenige, der zur Realisierung seines Täterentschlusses sich des Dritten bedient, wird von Wissenschaft und Rechtsprechung, trotzdem er die Handlung nicht selbst vornimmt, als der Täter des Delikts angesehen und „mittelbarer Täter" genannt, der andere trotz Vornahme der äußeren Handlung nur als dessen Werkzeug betrachtet.

§ 2. Bemühungen der Strafrechtstheorie um die rechtliche Begründung der mittelbaren Täterschaft.

A. Einleitung: Problemstellung.

Daß eine solche Täterschaftskonstruktion in das Rechtssystem des geltenden Reichsstrafgesetzbuchs hineinpaßt, wird von der Strafrechtstheorie verschieden begründet. Die Verschiedenheit der rechtlichen Begründungen ist vor allem darauf zurückzuführen, daß der Grundbegriff des Täters in der Wissenschaft selbst umstritten ist. Eine besondere gesetzliche Bestimmung des Täterbegriffs fehlt im geltenden Strafgesetzbuch [1]). Es blieb die Aufstellung des Täterbegriffs daher der Wissenschaft vorbehalten. Daß Täterschaft stets die Verwirklichung eines Deliktstatbestandes voraussetzt, ist unbestreitbar. Zur Deliktsverwirklichung gehört eben, daß sich etwas ereignet hat, was

[1]) Im Strafgesetzentwurf von 1927 (Reichstag, III. Wahlperiode 1924/27, Drucks. Nr. 3390, ausgeg. am 19. Mai 1927) sollte den Bestimmungen über Teilnahme — §§ 28 ff. — laut Beschluß des Strafrechtsunterausschusses des Reichstags vom Dezember 1927 folgende Täterdefinition vorangestellt werden: „Täter ist, wer die Tat selbst begeht. Täter ist auch, wer sich zur Ausführung der Tat eines anderen bedient, von dem er weiß oder sich vorstellt, daß er die Tat nicht vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist (mittelbare Täterschaft"). Vgl. DJZ. 1928 Heft 1, S. 74; Weber a. a. O., S. 4.

von der Rechtsordnung als sozialschädlich angesehen wird und darum verboten ist, und daß dieses rechtlich zu wertende Geschehen auf einen Menschen als dessen Ursache zurückzuführen ist. Insoweit herrscht in der Wissenschaft Übereinstimmung. In welcher Weise jedoch aus den Anfängen bis zum Deliktserfolg sich die Tatbestandsverwirklichung entwickeln muß, um täterschaftlich zu sein, ist streitig. Insbesondere fragt es sich, ob zur Täterschaft im Rechtssinne begriffsnotwendig die Selbstvornahme der äußeren Handlung gehört oder ob schon die Verursachung der Tatbestandsverwirklichung genügt. Die Streitfrage der Täterlehre spitzt sich also darauf zu, ob Täter im Sinne des Strafgesetzbuches grundsätzlich nur der sei, der die durch das betreffende Tatbestandszeitwort charakterisierte Handlung selbst ausführt, oder ob grundsätzlich schon der Verursacher der Tatbestandsverwirklichung Täter sei, mithin auch der ohne weiteres unter den Begriff des Täters fällt, der die Ausführungshandlung zwar nicht in Person vornimmt, sie aber durch eine fremde Hand verursacht. Beide Auffassungen werden in der Literatur vertreten. Sie bilden den Ausgangspunkt für die zwiespältige Haltung der Wissenschaft in der Frage der dogmatischen Begründung der mittelbaren Täterschaft.

B. Hauptteil: Der strafrechtliche Täterbegriff.

1. Der restriktive Täterbegriff und die Begründungsversuche der mittelbaren Täterschaft.

Als Erkenntnisquellen dafür, ob Täter = „Ausführender" oder Täter = „Verursacher" zu setzen ist, kommen die Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs und die Bestimmungen der §§ 47, 48 und 49 StGB. in Betracht. Mittel zur Erkenntnis ist die Auslegung dieser Bestimmungen.

Zimmerl hat auf zwei verschiedene Auslegungsmöglichkeiten der einzelnen Deliktstatbestände hingewiesen und ihre Bedeutung für die Bestimmung des strafrechtlichen Täterbegriffs aufgezeigt [2]). Die Tatbestände sind nach ihm entweder restriktiv oder extensiv auszulegen. Der restriktiven Tatbestandsauslegung liegt die Auffassung zugrunde, daß der einzelne Deliktstatbestand so abgefaßt ist, daß er nur denjenigen erfaßt, der die im betreffenden Tatbestand bezeichnete Handlung in Person ausführt. Die Bestimmung des § 212 StGB. „wer tötet ... wird bestraft" soll demnach bedeuten, daß lediglich der die Tötungshandlung mit eigener Hand Vornehmende der Strafdrohung unterfällt, nicht aber schon derjenige, der irgendwie

[2]) Zimmerl, ZStW. 49, 41 ff.; vgl. ferner Franck, Kurt, a. a. O. S. 9 ff.; Bähr a. a. O. S. 13 ff.

zum Tode des Dritten entscheidend mitgewirkt hat. Spricht das Gesetz in Tätigkeitsworten, wie „töten, körperlich mißhandeln, wegnehmen", so will es dadurch nach dieser Meinung zum Ausdruck bringen, daß grundsätzlich nur das Selbstausführen dieser Handlungen tatbestandsmäßig und somit täterschaftlich ist. Täter ist auf Grund restriktiver Tatbestandsauslegung also nur, wer den Deliktstatbestand in eigener Person verwirklicht.

Anstiftung und Beihilfe sind demnach folgerichtig „Tatbestandsausdehnungsgründe". Dieser Ausdruck geht auf Zimmerl zurück [3]). Er soll besagen, daß die Anstiftungs- und Beihilfehandlungen, die als bloße Mitwirksamkeiten zur Tatbestandsverwirklichung bei restriktiver Täterauffassung an sich nicht von den einzelnen Deliktstatbeständen erfaßt werden, erst durch die ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 48 und 49 StGB. in den Kreis tatbestandsmäßigen Handelns einbezogen worden seien.

Der restriktive Täterbegriff schließt die mittelbare Täterschaft nicht aus, sondern hat nur zur Folge, daß es stets einer besonderen inneren Rechtfertigung bedarf, wenn jemand als Täter bestraft werden soll, der die Ausführungshandlung nicht selbst vornimmt [4]).

Im folgenden wird nun das Material dargestellt und der Kritik unterzogen werden, das in der Literatur zur Stützung der Auffassung vom restriktiven Täterbegriff und von diesem ausgehend zur Begründung der mittelbaren Täterschaft vorgebracht worden ist.

a. Beling sucht den Nachweis, daß der restriktive Täterbegriff dem geltenden Strafgesetzbuch zugrunde liege, mit Hilfe des „Lebenssprachgebrauchs" zu führen. Er geht davon aus, daß der Gesetzgeber die Sprache des täglichen Lebens spreche und in den gesetzlichen Tatbeständen weitgehend auf „das Vorstellungsbild, das in uns entstehe, wenn wir von einer „Tötungstätigkeit", „Wegnahmetätigkeit" usw. hören" Bezug nehme [5]). So verbindet z. B. mit dem Zeitwort „töten" die Volksanschauung stets die Vorstellung von einer Handlung, die gemäß der Lebenserfahrung unmittelbar den Tod herbeiführe. Beling zieht sodann den Schluß, daß Täter nach dem Strafgesetzbuch grundsätzlich nur der sei, der in eigener Person die nach dem Lebenssprachgebrauch z. B. zum Töten typische Handlung vorgenommen habe.

Auf den Lebenssprachgebrauch stützt Beling auch die rechtliche Begründung der mittelbaren Täterschaft. Wer sich eines anderen als

---

[3]) Zimmerl, ZStW. 49, 45. Der Sache nach hatte M. E. Mayer, Lb. 341 schon vor ihm die Teilnahmeformen als „Strafausdehnungsgründe" erkannt.

[4]) Schild a. a. O. S. 13; Flegenheimer a. a. O. S. 40; Hegler, RG.-Festg. 307.

[5]) Beling, Grundzüge 11. Aufl. S. 37; vgl. derselbe, Lehre vom Verbrechen, 246 ff.; 250; derselbe, Methodik S. 95 .; derselbe, GerS. 101, 6 ff.; Olshausen, Komm. 11. Aufl. 192.

Werkzeug zur Tötung nach § 212 StGB. bedient, von dem sage man, dem natürlichen Sprachgebrauch folgend, „er" habe getötet, also „er" habe das Delikt begangen [6]). Anstiftung und mittelbare Täterschaft grenzt Beling mit Hilfe des Lebenssprachgebrauchs ab. Er führt aus, daß man vom Anstifter „nicht sagen könne", er habe getötet usw., wohl aber vom mittelbaren Täter. Der Anstifter sei nicht „Hauptverantwortlicher", sondern nur „Zweitverantwortlicher". Der „mittelbare Täter" jedoch sei Hauptverantwortlicher, sei eine Täterpersönlichkeit.

Gegen Beling ist einzuwenden, daß der Lebenssprachgebrauch als Unterscheidungsmerkmal von Täterschaft und Anstiftung und zur Begründung der Täterverantwortlichkeit des sog. mittelbaren Täters nicht geeignet ist. Der Lebenssprachgebrauch ist „zu vage und unbestimmt" [7]). Der Sprachgebrauch überhaupt hat — worauf Berges mit Recht hinweist — „im Rechtsleben ausschließlich heuristischen Wert. Er gibt uns ein Hilfsmittel an die Hand zur Erforschung und Sammlung der tatsächlichen Grundlagen der strafrechtlichen Begriffsbildung, ist also überwiegend formeller, indizierender Natur. Wegen dieses formellen Charakters kann er selbst niemals „Gegenstand" der strafrechtlichen Begriffsbildung sein" [8]).

b. Während Beling durch Auslegung der Tatbestände des Besonderen Teils unseres Strafgesetzbuchs zum restriktiven Täterbegriff gelangt, kommt Frank [9]) auf dem Wege über die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe zu demselben Ergebnis.

§ 47 StGB. lautet:

„Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Täter bestraft."

Frank knüpft an den Ausdruck „ausführen" in diesem Paragraphen an und bringt ihn in Gegensatz zu „Hilfe leisten" im § 49 StGB. Als das Wesentliche bei dem Gehilfen bezeichnet Frank den „Mangel des Ausführens" [10]), während er zur Täterschaft die Vornahme der Ausführungshandlung für begriffsnotwendig hält. Aus § 47 StGB. schließt Frank, daß Mittäterschaft ein gemeinschaftliches „Ausführen" derart erfordere, daß jeder eine „Tatbestandshandlung vollziehen" müsse. Täter ist nach Frank, wer mit dem erforderlichen Verschulden in seiner Person die „Tatbestandshandlung ausführt" [11]). Frank stützt die Abgrenzung von Täterschaft und Gehilfenschaft also nicht bloß auf den in naturalistischer Betrachtungsweise gewonnenen

---

[6]) Beling, Grundzüge 10. Aufl. S. 30.
[7]) Bähr a. a. O. 25.
[8]) Berges a. a. O. 50.
[9]) vgl. Bähr a. a. O. S. 25 ff., dessen Aufbau hier gefolgt wird.
[10]) Frank, Komm. II zu § 47 S. 114 Abs. 2.
[11]) Frank, Komm. II zu § 47 S. 113; derselbe, Komm. Einltg. III. Abschn. Teilnahme II S. 103.

Unterschied von physisch und psychisch vermittelter Kausalität, d. h. Ursache und Bedingung, sondern auch auf ein juristisches Kriterium, auf den Tatbestand; mithin auf den Unterschied von tatbestandsmäßigem Handeln = „Ausführen" und nichttatbestandsmäßiger Tätigkeit. Nicht das Setzen einer jeden Ursache begründet nach Frank Täterschaft, denn Frank führt bei Besprechung der Mittäterschaft aus: „Ist die Tatbestandshandlung eine Erfolgshandlung, so gehört zur Täterschaft mindestens ein derartiges Setzen einer Ursache, daß ..... ein A n f a n g der Ausführungshandlung anzunehmen ist [12])." Hier greift Frank auf die Ausführungshandlung und somit auf den Tatbestand zurück. Der Täterbegriff erscheint in Franks Kommentar manchmal nur in naturalistisch-kausaler Betrachtung gewonnen zu sein, an anderen Stellen jedoch tritt seine enge Verknüpfung mit der Ausführungshandlung als der tatbestandsmäßigen Handlung hervor. Auf diese Bipolarität des Täterbegriffs bei Frank hat neuerdings Berges hingewiesen [13]). Er kommt zu dem hier gebilligten Schluß: „Besehen wir uns die Franksche Unterscheidung (von Täterschaft und Gehilfenschaft) einmal genauer, so ist es ausschließlich die „Ausführungshandlung", die der Unterscheidung von physisch und psychisch vermittelter Kausalität eine strafrechtlich brauchbare Gestalt gibt [14])."

Aus alledem geht zur Genüge hervor, daß Frank zu denen gehört, die den restriktiven Täterschaftsbegriff vertreten. Anstiftung und Beihilfe sind für ihn „Strafausdehnungsgründe" [15]).

Der restriktive Täterbegriff zwingt Frank, für die mittelbare Täterschaft eine besondere rechtliche Begründung zu geben. Er glaubt, die mittelbare Täterschaft mit Hilfe des sog. „Regreßverbots" rechtfertigen zu können. „Die Vorbedingungen einer Bedingung, die frei und bewußt (vorsätzlich und schuldhaft) auf Herbeiführung des Erfolgs gerichtet war, sind keine Ursachen" [16]) und können nach Frank darum nicht als Grundlage für täterschaftliches Verhalten in Betracht kommen. Das Gesetz verbiete nämlich durch die §§ 48 und 49 StGB., ein gewisses Verhalten, das in derselben Kausalreihe, jedoch vor einer vorsätzlich schuldhaften Handlung liegt, als täterschaftlich anzusehen. Wer solche sog. V o r bedingungen setze, könne nur Teilnehmer sein, und zwar dies nur dann, wenn auch zugleich die Voraussetzungen der §§ 48 und 49 StGB. erfüllt seien. Sei letzteres nicht der Fall — wie z. B. wenn die Haupttat schuldlos oder nur fahrlässig herbeigeführt sei, — dann greife das Regreßverbot

---

[12]) Frank, Komm. II zu § 47 S. 113.
[13]) Berges a. a. O. S. 41, 43, 44.
[14]) derselbe S. 41 a. E.; vgl. auch Eberhard Schmidt, Frank Festg. Bd. 2 S. 111.
[15]) Frank, Komm. S. 103 vor II, S. 110 Abs. 2.
[16]) Frank, Komm. S. 14. a.

nicht Platz. Es stehe dann nichts entgegen, auf die sog. Vorbedingungen zurückzugreifen und bezüglich derer Täterschaft anzunehmen.

Die Auffassung Franks kann nicht geteilt werden. Weder läßt sich aus dem § 47 StGB. ableiten, daß Täterschaft im Strafgesetzbuch grundsätzlich ein Selbstausführen voraussetzt, noch läßt sich mit Hilfe der Konstruktion des Regreßverbots die Berechtigung der mittelbaren Täterschaft nachweisen.

Frank geht davon aus, daß der § 47 StGB. die Definition des Mittäters enthalte und schließt dann von dessen Begriffsmerkmalen auf den Täterbegriff. Gegen eine solche Art der Beweisführung wäre an sich nichts einzuwenden, wenn Franks Voraussetzung, daß der Mittäterbegriff gesetzlich präzisiert sei, zuträfe. Dem ist aber nicht so. Denn wenn im § 47 StGB. von denen gesprochen wird, die „eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen", so „sind damit auch die Tatbestände mitumfaßt, die in den §§ 48, 49 StGB. den sog. akzessorischen Teilnahmeformen vorbehalten sind" [17]). „Auch bei der Anstiftung und Beihilfe wirken mehrere zu dem verbrecherischen Erfolg zusammen, führen also die Straftat gemeinschaftlich aus" [18]). Der Ausdruck „gemeinschaftlich ausführen" ist demnach hier so weit gefaßt, daß die Tätigkeit des Gehilfen und des Anstifters mit darunter fällt. Dies erkennen auch Gierlich und P. Wolf an [19]). Es kann daher aus dem Wortlaut „gemeinschaftlich ausführen" im § 47 StGB. nichts über den Charakter des Tatbeitrages des einzelnen Mittäters geschlossen werden. Zu Unrecht betrachtet Frank nur den als Mittäter z. B. des Mordes, „der einen der Stiche beibringt, die zusammen mit den anderen den Tod herbeiführen [20]). Vielmehr genügt es, daß der Mittäter die Tatbestandsverwirklichung irgendwie mitverursacht [21]). Da die Voraussetzung, von der Frank bei § 47 StGB. ausgeht, in Wahrheit nicht besteht, läßt sich aus diesem Paragraphen auch nicht ableiten, daß zum Täterbegriff notwendig das „Selbstausführen" gehört. Frank ist es also nicht gelungen, nachzuweisen, daß dem Strafgesetzbuch der sog. restriktive Täterschaftsbegriff zugrunde liegt.

Mit dem Satze, daß mittelbare Täterschaft dann vorliege, wenn das sog. Regreßverbot keine Anwendung findet, läßt sich die recht-

---

[17]) u. [18]) Nagler, Die Teilnahme ... S. 76.

[19]) Gierlich a. a. O, S. 9 ff.; P. Wolf a. a. O. S. 40. Letzterer hält den § 47 StGB. für überflüssig.

A. M. außer Frank, Komm. S. 113 noch Schmidt in Liszt-Schm., Lb. § 48 III (S. 334).

[20]) Frank, Komm. II zu § 47. Die Sperrung findet sich bei Frank.

[21]) Mittäterschaft ist Täterschaft. Als Mittäter werden — im Anschluß an Nagler a. a. O. 77 — die Personen definiert, „die die Straftat mit dem Bewußtsein der Willens- und Handlungsgemeinschaft schuldhaft verursachen, soweit nicht Anstiftung gegeben ist."

liche Existenzberechtigung der mittelbaren Täterschaft nicht nachweisen.

Das Franksche Regreßverbot wird nur praktisch in dem Fall, daß der den Deliktserfolg unmittelbar Herbeiführende vorsätzlich schuldhaft handelt und außerdem noch andere Personen zum Deliktserfolg irgendwie mitwirken. Das Regreßverbot bedeutet dann, daß durch die Täterschaft des ersteren die übrigen Personen, die zum Deliktserfolg zwar mitwirksam geworden sind, ihn aber nicht unmittelbar und mit Täterschuld herbeigeführt haben, von der Täterschaft ausgeschlossen sind. In der Verneinung der Täterschaft der letzteren erschöpft sich die Bedeutung des Frankschen Regreßverbots [22]).

Entsprechendes gilt für den Fall, daß das Regreßverbot für nicht anwendbar erklärt wird. Damit wird auch nur etwas Negatives gesagt, nämlich, daß der unmittelbar Handelnde nicht der Täter ist. Frank, der, wie oben nachgewiesen ist, den restriktiven Täterbegriff vertritt, also zur Täterschaft aus Gründen des gesetzlichen Tatbestands grundsätzlich ein Selbstausführen verlangt, nimmt bei fehlender Täterschaft des Unmittelbar-Ausführenden unter Hinweis auf das Fehlen des Regreßverbots Täterschaft in der Person des die Ausführungshandlung nur Veranlassenden an, ohne eine mit der restriktiven Täterbegriffsauffassung in Einklang zu bringende Erklärung dafür abzugeben, w e s h a l b er diesmal zu täterschaftlichem Handeln die Selbstvornahme der Ausführungshandlung nicht fordert [23]).

c. Hegler gelangt auf Grund seiner nach objektiven Gesichtspunkten getroffenen Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe auch zum restriktiven Täterschaftsbegriff. Täter ist nur der „Ausführende", d. h. der die Ausführungshandlung in Person Vornehmende [24]). Es fragt sich daher, wie es zu rechtfertigen ist, daß jemand, obwohl er die Ausführungshandlung nicht selbst vornimmt, als Täter, sog. mittelbarer Täter angesehen werden darf. Die Antwort auf diese Frage sucht Hegler mit Hilfe der von ihm begründeten Übergewichtstheorie zu geben. Es soll „bei bewertender Betrachtung des Rechts" der nur Veranlassende gegenüber dem Ausführenden „ein solch erhebliches Übergewicht" an Schuld- und Rechtswidrigkeitsmomenten besitzen, daß der Mangel der Ausführungshandlung bei ihm (dem Veranlassenden) dadurch „überkompensiert"

---

[22]) M. E. ist die besondere Aufstellung des sog. Regreßverbots überflüssig. In den Fällen der §§ 48 u. 49 StGB., wo die Frage des Regreßverbots überhaupt nur praktisch werden kann, ergibt sich die Regelung aus diesen gesetzlichen Bestimmungen von selbst.

[23]) So Bähr a. a. O. S. 27, dessen Ausführungen insbes. im 3. Abs. beizustimmen ist.

[24]) Hegler, RGFestg. 5, 307 unter II; derselbe, Festg. f. Richard Schmidt 2, 73 Anm. 85.

wird und der Veranlassende somit als die Hauptperson, als Täter erscheint [25]). So führt Hegler aus: „Auf dem Gebiete der Schuld liegt die Übergewichtssituation vor, wenn der Ausführende schuldlos oder nur fahrlässig handelt, der Veranlassende ... schuldhaft bezw. schuldhaft vorsätzlich [26])." Auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeit, wenn „bei dem die Ausführungshandlung Vornehmenden Momente außerhalb der Ausführungshandlung fehlen, welche die Rechtswidrigkeit der Tat grundlegend bedingen (Qualifikation, Absicht), während sie in der Person des Veranlassenden gesetzt sind. Deshalb erscheint hier der erstere nicht als Täter, — selbst wenn auch Vorsatzschuld bei ihm vorliegt (doloses Werkzeug), sondern der letztere als „mittelbarer Täter"" [27]).

Mit einer solchen Abwägung der Schuld- und Rechtswidrigkeitsmomente auf seiten des Ausführenden und des Veranlassenden ist aber noch keine dogmatische Begründung der mittelbaren Täterschaft gegeben. Es ist damit noch nicht nachgewiesen, w e s h a l b gerade in diesen Fällen zur Annahme von Täterschaft die selbst gesetzte Ausführungshandlung nicht erforderlich ist, während sie bei restriktiver Täterauffassung zur Täterschaft vorausgesetzt wird. Hegler hat den inneren Grund dafür nicht aufzuzeigen vermocht, sondern „lediglich eine analysierende Darstellung" gegeben, „w a n n das der Fall ist" [28]). Die mittelbare Täterschaft hat Hegler nur beschreibend, bildlich veranschaulicht [29]). Es ist ihm nicht geglückt, die Begründung für sie aufzustellen. Dies ist darauf zurückzuführen, daß auch er, wie Beling und Frank vor ihm, vom restriktiven Täterbegriff ausgegangen ist, einem Täterbegriff, der dem Strafgesetzbuch nicht zugrunde liegt und somit in dessen System auch nicht hineinpassen kann [30]).

2. Der extensive Täterbegriff und die mittelbare Täterschaft.

Im Gegensatz zum restriktiven Täterbegriff steht der sog. extensive Täterbegriff. Er ist eine Folge der extensiven Tatbestandsauslegung. Sie besagt: Die gesetzlichen Tatbestände sind so beschaffen, daß sie jedes irgendwie geartete Verhalten, das zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen hat, erfassen. Nicht bloß die „Ausfüh-

[25]) vgl. Hegler a. a. O. S. 306 a. E.
[26]) Hegler a. a. O. S. 308.
[27]) Hegler a. a. O. S. 309f.
[28]) Berges a. a. O. S. 63 a. E.
[29]) Bähr a. a. O. S. 28; Grünhut, JW. 1932 S. 366.
[30]) Daß der restriktive Täterbegriff weder durch Auslegung der Tatbestände des Besonderen Teils unseres StGBs zu gewinnen ist, noch sich aus § 47 StGB. ableiten läßt, ist auf S. 4 und S. 6 dieser Arbeit nachgewiesen worden.

rungshandlung" ist im Vergleich zur restriktiven Tatbestandsauslegung tatbestandsmäßig, sondern schon jede den Deliktserfolg mitverursachende Tätigkeit ist es. Daraus folgt, daß wer für die Tatbestandsverwirklichung irgendwie ursächlich wird, schon tatbestandsmäßig handelt und somit bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen als Täter in Betracht kommt. Zur Täterschaft genügt also nach dieser Auffassung grundsätzlich die Verursachung der Tatbestandsverwirklichung. Ob letztere unmittelbar oder mittelbar herbeigeführt wird, ist dabei gleichgültig, denn auch wer sie durch eine Mittelsperson bewirken läßt, ist für den Deliktserfolg ursächlich geworden. Einer besonderen rechtlich-konstruktiven Begründung der mittelbaren Täterschaft bedarf es daher nicht. Sie ist vielmehr die logische Folgerung aus der Erkenntnis, daß grundsätzlich der Verursacher der Tatbestandsverwirklichung der Täter ist.

Der extensive Täterbegriff wird vertreten vom Reichsgericht und in der Theorie vor allem von Eberhard Schmidt und Mezger. Das Reichsgericht gelangt zur extensiven Tatbestandsauslegung auf Grund von Überlegungen, die vorwiegend an Kausalitätsgesichtspunkten orientiert sind. Eberhard Schmidt und Mezger werden dagegen auf Grund der von ihnen vertretenen sog. normativen Strafrechtsbetrachtung zur extensiven Tatbestandsinterpretation geführt.

Daß das kausale Moment in der reichsgerichtlichen Auffassung vom Täter stark hervortritt, hängt zu einem nicht unwesentlichen Teil mit der naturalistischen Denkweise des 19. Jahrhunderts zusammen, dessen Geisteshaltung gekennzeichnet ist durch das Streben nach der „Erkenntnis des Gesamtkosmos unter dem alles beherrschenden Gesichtspunkt des Kausalprinzips" [31]). Der bedeutsame Aufschwung der Naturwissenschaften in jener Zeit brachte es mit sich, daß naturwissenschaftliches Denken in die Philosophie [32]) und auch in die Strafrechtswissenschaft Eingang fand und Richtung gebend wirkte. Die naturwissenschaftliche Betrachtungsweise ist insbesondere durch v. Buri, dessen Kausaltheorie von den Strafsenaten des Reichsgerichts übernommen worden ist, dem Reichsgericht vermittelt worden.

a. V. Buri geht bei Entwicklung seiner Kausaltheorie von der Behauptung aus, daß der Erfolg hinsichtlich der ihn herbeiführenden Kausalanteile „unteilbar" sei. Der Gedanke von der „Unteilbarkeit des Erfolges" wird auf die in rein naturalistischer Betrachtung gewonnene Erkenntnis zurückgeführt, daß jede Veränderung in der Außenwelt nicht nur eine einzige Bedingung, sondern deren eine

---

[31]) Mezger, RGFestg. S. 19.

[32]) vgl. die Philosophie des Engländers John Stuart Mill, System der deduktiven und induktiven Logik, Bd. I, übersetzt von Schiel, Braunschweig 1868.

ganze Anzahl zur Voraussetzung hat. Ihren Zusammenhang mit dem Geschehenen erkennt man erst durch die Überlegung, ob sie derart hinwegdenkbar sind, daß auch ohne sie die Veränderung eingetreten wäre. Kann keine von ihnen hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg entfällt, so ist ihr Bedingungscharakter festgestellt. Es liegt nahe, alle diese Bedingungen in ihrer Gesamtheit — im Gegensatz zur einzelnen Bedingung — daher als die Ursache der Zustandsveränderung anzusehen [33]). Wirken z. B. mehrere Personen zu einem Erfolge mit, so bedeutet dies, daß der Erfolg nur durch die Gesamtwirksamkeit aller Personen als verursacht betrachtet wird, dagegen nicht schon durch die Tätigkeit einer einzelnen von ihnen. Es leuchtet ein, daß unter Zugrundelegung dieses in rein naturwissenschaftlicher Weise gewonnenen Ursachenbegriffs der eingetretene Erfolg „unteilbar" erscheint. Eine Unterscheidung der Bedingungen nach dem Maß der Wirksamkeit für die Herbeiführung des Erfolges läßt sich bei dieser Auffassung nicht treffen. Jede Bedingung ist für den Erfolg, so, wie er eingetreten ist, notwendig und daher für ihn in kausaler Beziehung gleich viel wert. Daraus folgert v. Buri die kausale Gleichwertigkeit aller Bedingungen untereinander. Diese in naturalistischer Betrachtungsweise gewonnenen Erkenntnisse überträgt v. Buri auf das Gebiet des Strafrechts, auf das Gebiet der juristischen Wertungen der Lebensvorgänge. Durch seine Ansicht, daß der vom Gesetz verpönte Erfolg unteilbar sei, wird v. Buri vor die Entscheidung gestellt, ob der Deliktserfolg dem einzelnen, der zu seiner Herbeiführung irgendwie mitgewirkt hat, rechtlich gar nicht zuzurechnen sei, oder ob er gerade wegen seiner Unteilbarkeit dem einzelnen g a n z zugemessen werden müsse. v. Buri entscheidet sich — wohl aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus — für die letzte Möglichkeit, indem er den Satz aufstellt, daß „einer jeden Mitwirksamkeit zum Erfolg objektiv der g a n z e Erfolg als ganz von ihr verursacht zugemessen werden müsse" [34]). Jede Bedingung ist für v. Buri Ursache des g a n z e n Erfolges [35]), also Ursache der Verwirklichung des ob-

[33]) v. Buri, Kausalität 1873 S. 1: „Will man den Kausalzusammenhang einer konkreten Erscheinung ermitteln, so muß man .... sämtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgendeine Wirksamkeit geäußert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen."

[34]) v. Buri, GerS. 28, 176.

[35]) v. Buri, Kausalität 1873 S. 1: „Jede einzelne dieser Kräfte (vgl. Anm. S. 33 dieser Arbeit) läßt sich ... allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelkraft ab, daß, wenn man aus dem Kausalzusammenhang auch nur eine einzelne Einzelkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt. Es verleiht jede Einzelkraft der ... Masse aller übrigen Einzelkräfte erst die Lebenskraft, es macht jede Einzelkraft alle übrigen kausal." Weber a. a. O. S. 8, der v. Buris Auffassung teilt, stellt sich letzteres so vor, „daß jede Bedingung ihre Kausalität allen übrigen Bedingungen verleiht, dafür aber von ihnen auch Kausalität empfängt." Eine Übersicht über die

jektiven Deliktstatbestandes. Dies bedeutet m. E. nichts anderes, als daß die Deliktstatbestände unseres Strafgesetzbuchs nach v. Buris Ansicht grundsätzlich jedes Kausalwerden eines verbotenen Erfolges umfassen, mithin — nach der hier gebrauchten Ausdrucksweise — die einzelnen Tatbestände extensiv auszulegen sind.

Das Reichsgericht hält in naturalistisch-kausaler Anschauungsweise an dem Gedanken der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen fest und betrachtet — wie v. Buri — „jede Bedingung als Ursache der Deliktsverwirklichung". Es leugnet einen qualitativen Unterschied der Bedingungen und rechnet jeder einzelnen notwendigen Bedingung den ganzen Deliktserfolg in kausaler Beziehung zu. So heißt es im Urteil 1 D 527/16 vom 25. 1. 1917: „Im strafrechtlichen Sinne gilt jede Handlung oder Unterlassung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß dadurch der rechtswidrige Erfolg entfiele, als Ursache .... Die Ursache hört nicht auf, Ursache zu sein, wenn außer ihr noch andere Ursachen mehr oder weniger zur Herbeiführung des Erfolges beigetragen haben" [36]). Frank kennzeichnet das praktische Ergebnis der reichsgerichtlichen Kausaltheorie treffend durch den Satz: „Hat eine menschliche Handlung zu dem Eintreten eines bestimmten Ereignisses auch nur das Geringste beigetragen, so ist sie als seine Ursache anzusehen [37]). Der reichsgerichtliche Begriff der Ursache ist so weit gefaßt, daß ihm jede Mitwirksamkeit zum Deliktserfolg unterfällt. Auch wer den Deliktstatbestand durch eine fremde Hand verwirklichen läßt, ist ursächlich für den Erfolg. Diese Einstellung des Reichsgerichts geht insbesondere aus RGSt. 15, 316 hervor. Es sieht dort den Anstifter als entfernteren Urheber an, der mitwirkt, daß eine Straftat verübt wird [38]).

Das Reichsgericht befindet sich mit seiner Auffassung in Übereinstimmung mit v. Buri, der die intellektuellen Kräfte in ihrer Wirksamkeit für den Erfolg dem physischen gleichstellt [39]) und sie folgerichtig als Ursachen des Erfolges ansieht. Der Gedanke der Gleichwertigkeit aller physischen Bedingungen und die Gleichstellung der intellektuellen mit ihnen führt das Reichsgericht dazu, das Unterscheidungsmerkmal des Täters vom Teilnehmer (Anstifter und Gehilfen) in der Willensrichtung dieser Person zu suchen. Es definiert: „Täter ist, wer die Tat als seine eigene wolle" [40]). Als Gehilfen bestimmt es den, der die Tat als eine „fremde wolle", sie nur in frem-

---

einzelnen von v. Buri verfaßten Schriften in dieser Frage findet sich in: v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch (1894) auf S. 476 ff.

[36]) Lobe, LeipzKomm. Einltg. § 15 Ziff. 2. (S. 81) und die weitere dort zitierte Reichsgerichtsrechtsprechung.

[37]) Frank, Komm. S. 13.

[38]) vgl. auch Lobe, LeipzKomm. Anm. 1 zu § 48.

[39]) v. Buri, GerS. 22, 93.

[40]) RGSt. 2, 160; 3, 181; 55, 60.

dem Interesse fördern wolle [41]). Dabei ist zu beachten, daß das Reichsgericht stillschweigend voraussetzt, daß auf Grund und unter der Herrschaft des Täterwillens die betreffende Deliktsverwirklichung irgendwie auch bewirkt wird, denn ohne Tätigkeit überhaupt gibt es keinen Erfolg, keine Tatbestandsverwirklichung und somit keine Täterschaft oder Teilnahme. Besteht aber ein Kausalzusammenhang zwischen der menschlichen Handlung und dem Deliktserfolg, so ist nach reichsgerichtlicher Auffassung derjenige unter mehreren, der mit dem animus auctoris tätig geworden ist, der strafrechtliche Täter, selbst dann, wenn er nur einen ganz geringen Teil zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen hat [42]). Daraus erhellt, daß das Reichsgericht den Geltungsbereich der einzelnen Deliktstatbestände sehr weit faßt. Alles, was irgendwie für den Deliktserfolg kausal ist, unterfällt ihnen. Somit ist inhaltlich der Standpunkt der Lehre vom extensiven Täterbegriff erreicht. Im Sinne des Reichsgerichts ist Täter, wer die Tatbestandsverwirklichung schuldhaft verursacht. Da aber auch der Anstifter ursächlich für die Deliktsverwirklichung ist, bedarf obige Täterbegriffsbestimmung noch des Zusatzes: soweit nicht Anstiftung vorliegt. Diese Formulierung findet sich zwar nicht in der veröffentlichten reichsgerichtlichen Rechtsprechung, sie entspricht aber dem Sinne nach der reichsgerichtlichen Täterauffassung.

b. Eberhard Schmidt gelangt zur extensiven Tatbestandsauslegung auf Grund normativer, bewertender Strafrechtsbetrachtung. Diese Betrachtungsweise rückt im Vergleich zur Kausalbetrachtung den Tatbestand in den Vordergrund wissenschaftlicher Betrachtung. Die gesetzlichen Tatbestände sind der Ausdruck dafür, daß ein bestimmtes Verhalten geboten oder verboten ist. Im Anschluß an Binding werden diese Gebote und Verbote als „Normen" bezeichnet [43]). Aus ihrer Existenz erhellt, daß Sinn und Tragweite der einzelnen Strafgesetze nur zu ergründen ist, wenn über die Wortfassung hinaus auf die den Tatbeständen zugrunde liegenden Normen zurückgegangen wird, denn „hier sind die Forderungen, die das Gemeinwesen an den einzelnen stellt und deren Zuwiderhandlung es zur Strafdrohung schließlich verdichtet, am besten klargestellt. Der bloß sekundäre Strafwille des Staates kann nur dann richtig gewürdigt werden, wenn er in Verbindung mit dem ihn bedingenden prinzipalen Befehlswillen gebracht und an jenem gemessen wird" [44]). Das Strafgesetz (Strafdrohung) setzt begrifflich die Norm voraus [45]). Die Norm gibt dem

[41]) RGSt. 2. 160; 15. 295; 26. 345; 28. 306.
[42]) so RGSt. 37. 58; 49. 159; 54. 116; 58. 94.
[43]) Binding, Die Normen und ihre Übertretung Bd. I 2. Aufl. (1890) S. 328 und 338.
[44]) Nagler Die Teilnahme ... S. 50.
[45]) Binding, Normen I, 133.

einzelnen gesetzlichen Tatbestand den Inhalt [46]). Die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes ist daher stets Verletzung einer bestimmten Norm. Die Norm enthält das Werturteil, daß dieses oder jenes für die Volksgemeinschaft und für den einzelnen wertvoll und darum schutzwürdig ist. Bewertet werden wichtige Lebensinteressen für die Gesamtheit, wie der Bestand des Staates, die Machtstellung des Staates im Verhältnis zu anderen Staaten und für den einzelnen wie Ehre, Freiheit, Leben, Gesundheit, Eigentum und Vermögen (§§ 185 ff., 239, 211 ff., 223 ff., 242 ff., 263 StGB.). Durch Aufstellung von Normen, die sich auf solche Lebensinteressen beziehen, werden letztere rechtlich gewertet und zu „Rechtsgütern" erhoben [47]). Die Wertung wird also objektiviert. Normierung bedeutet rechtliche Wertung der Lebensgüter. Verstärkt wird das rechtsbewertende Urteil noch durch die Strafdrohung. Je nach dem Strafrahmen (der angedrohten Mindest- und Höchststrafe) läßt sich im einzelnen ermessen, wie hoch die Rechtsordnung ein bestimmtes Rechtsgut einschätzt. Das Maß der Wertschätzung ist an den jeweilig herrschenden Kulturanschauungen orientiert. Die Betrachtungsweise, die die Gesetzestatbestände unter Voranstellung solcher Wertgesichtspunkte betrachtet, ist als normative Betrachtungsweise anzusprechen. Bei ihr kommt es nicht darauf an, daß ein Verhalten einen bestimmten äußeren Verlauf nimmt, sondern darauf, daß es „als Deliktsrealisierung g e w e r t e t werden kann und als solche eine bestimmt geartete Interessenverletzung darstellt [48]). „Das strafrechtliche Unwerturteil „Täter" muß mithin auf jeden bezogen werden, auf dessen Verhalten eine solche tatbestandsmäßige Interessenverletzung zurückzuführen ist, gleichgültig, welche äußere Beschaffenheit sein Verhalten aufweist." Die gesetzlichen Tatbestände setzen nach Schmidt grundsätzlich nicht die Selbstvornahme der Ausführungshandlung voraus. Seine Täterdefinition bringt dies zum Ausdruck. Sie lautet: „Täter ist, wer rechtswidrig und schuldhaft bewirkt, daß ein Rechtsgut durch Tatbestandsverwirklichung verletzt oder gefährdet wird, sofern er den Tatbestand nicht durch einen vorsätzlich Handelnden verwirklichen läßt" [49]). Durch den einschränkenden Relativsatz wird den Teilnahmebestimmungen der §§ 48 und 49 StGB. Rechnung ge-

---

[46]) Mehreren gesetzlichen Tatbeständen liegt zuweilen die gleiche Norm zugrunde, wie z. B. den Tatbeständen des Mordes, Totschlags, der Tötung auf Verlangen und der Kindestötung (§§ 211, 212, 216, 217 StGB. die Norm: du sollst nicht töten.

[47]) Über die zwiespältige Auffassung vom Rechtsgut als einem „Gut des Rechts" oder als einem durch das Recht anerkanntem und geschütztem „Gut der Menschen", als dem rechtlich geschützten „Lebensinteresse" gibt die bei Liszt-Schmidt, Lb. § 2 Anm. 1 (S. 4) und bei Mezger, Lb. § 25 III Anm. 3 u. 4 und § 25 IV Anm. 9 aufgeführte Literatur Aufschluß.

[48]) Eberhard Schmidt, Frank-Festgabe II, 116.

[49]) Schmidt in Liszt-Schm., Lb. § 48 S. 326; derselbe, Frank-Festg. S. 120.

tragen. Schmidt faßt sie vom Standpunkt des extensiven Täterbegriffs folgerichtig als „Strafeinschränkungsgründe" auf.

Auch Mezger legt die Tatbestände extensiv aus. Er begründet dies mit dem Gedanken der „objektiven Rechtswidrigkeit" [50]). Der Sinn der objektiven Rechtswidrigkeit sei der, „daß die Verwirklichung eines Tatbestandes objektiv verboten ist."

„Wer diesem Verbot schuldhaft zuwiderhandelt, unterliegt grundsätzlich (als der Täter des Unrechts) der im Gesetz angedrohten Strafe" [51]). Mezger sagt damit nichts anderes, als daß der Zweck des Strafgesetzes der Schutz irgendeines Rechtsguts ist und daß die Auslegung des Gesetzes vorwiegend unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes zu erfolgen hat. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß dem extensiven Täterbegriff zur Tatbestandsverwirklichung stets jede Art der Verursachung des Erfolgs genügt und somit die in den einzelnen gesetzlichen Tatbeständen vorgesehene Art und Weise der Herbeiführung unberücksichtigt gelassen werden darf. Dort, wo das Gesetz bestimmte Mittel der Begehung ausdrücklich nennt, wie z. B. in den §§ 234, 240, 263, 311 StGB. ist zur Tatbestandsverwirklichung selbstverständlich nur die unter Anwendung dieser Mittel bewirkte Verursachung ausreichend [52]). Somit entfällt die Berechtigung des in Verkennung von Mezgers Auffassung von Bruns erhobenen Einwandes, der extensive Täterbegriff fasse die Tatbestandsverwirklichung nur als Verletzung „typisierter Interessen" auf und übersehe dabei, daß manchmal auch die Art und Weise der Herbeiführung der Interessenverletzung von den gesetzlichen Tatbeständen gekennzeichnet sei [53]). Der Vorwurf gegen die extensive Tatbestandsauslegung, daß sie die „negative Garantiefunktion der Tatbestände" außer acht lasse, ist also unzutreffend [54]).

Im Anschluß daran weist Mezger darauf hin, daß der sog. extensive und der sog. restriktive Täterbegriff in Wahrheit gar nicht so verschieden voneinander sind, als es gemeinhin dargestellt wird. „Der einzige Unterschied beider" — so führt Mezger aus — „besteht darin, daß der sog. extensive Täterbegriff zur Täterschaft nicht von vornherein Verursachung der Tatbestandsverwirklichung durch eigenhändige Ausführung fordert, solche vielmehr besonderer Untersuchung vorbehält". ... Demgegenüber ist dem sog. restriktiven Täterbegriff „die eigenhändige Täterschaft das Urbild der Täterschaft überhaupt" [55]). Auf Grund extensiver Tatbestandsinter-

[50]) Mezger, Lb. S. 415 ff.
[51]) Mezger, Lb. S. 416.
[52]) Mezger, Lb. 416; derselbe, ZStW. 52, 537.
[53]) Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand (1932) 53 ff.
[54]) vgl. Bähr a. a. O. S. 55 ff.
[55]) Mezger, ZStW. 52, 537 ff.

pretation definiert Mezger als Täter denjenigen, „der durch seine Handlung die Verwirklichung des Tatbestandes verursacht hat, sofern seine Tätigkeit sich nicht als Anstiftung oder Beihilfe darstellt“ [56]). „Würden diese Arten der Mitwirksamkeit zum Erfolg nicht vom Gesetz als Formen der Teilnahme gewertet, so würden auch Anstifter und Gehilfen als Täter zu haften haben. Sie reichen deshalb auch nur so weit, als ihr Wortlaut es verträgt, und machen an ihren Grenzen wiederum der Täterschaft Platz, so daß alle fahrlässige Beteiligung an strafbarem Tun, jede Art der Beteiligung an fahrlässigem Verhalten, jede Unterstützung der Tat eines Unverantwortlichen unter dem Gesichtspunkt der Täterschaft zu werten ist“ [57]).

Gegen die extensive Tatbestandsauslegung ist vorgebracht worden, daß sie sich nicht mit der objektiven Teilnahmetheorie vereinbaren lasse. Insbesondere ist diese Auffassung von Graf zu Dohna vertreten worden [58]). Wenn schon jede Mitwirksamkeit zum Erfolge von den Tatbeständen grundsätzlich erfaßt würde und täterschaftlich wäre — so folgerte er — habe man sich der Möglichkeit begeben, zwischen Ausführungshandlung und Nichtausführungshandlung zu unterscheiden [59]).

Dies ist m. E. ein Trugschluß. Ebenso wie der Grundsatz von der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen nicht hindert, das Unterscheidungsmerkmal von Täterschaft und Teilnahme in der verschiedenen Art und in dem verschiedenen Maß der zur Tat entwickelten Tätigkeit zu sehen (ebenso wie also die condicio sine qua non-Theorie der objektiven Teilnahmetheorie nicht entgegensteht), so schließt auch der Satz, daß jede Mitwirkung zum Deliktserfolg grundsätzlich schon tatbestandsmäßig - täterschaftlich ist, nicht aus, eine Handlung, die — kognitiv-naturwissenschaftlich betrachtet — das Rechtsgut angreift, als Ausführungs (Täter-) Handlung, eine den Angriff vorbereitende oder ihn sichernde Handlung als Nichtausführungs (Teilnahme-) Handlung zu betrachten und dementsprechend unter objektivem Gesichtspunkt Täterschaft und Teilnahme von einander zu scheiden. Ein Verstoß wider die Denkgesetze ist darin nicht zu erblicken. Die Unterscheidung der Tätigkeitsakte der einzelnen Personen in Ausführungshandlung und Nichtausführungshandlung wird man nur vornehmen, wenn mehrere verantwortliche Personen zur Tatbestandsverwirklichung mitwirken, denn nur dann wird man vor die Wahl gestellt, zu entscheiden, ob nach dem Strafgesetzbuch an eine Handlung Täterhaftung oder Teilnahmehaftung geknüpft werden soll. In dem Falle aber, daß nur eine

---

[56]) Mezger, Lb. 415.

[57]) so kennzeichnet zutreffend Graf zu Dohna in ZStW. 52, 113 Mezgers Täterauffassung.

[58]) ebenfalls S. 114.

[59]) vgl. Bähr a. a. O. S. 62; Berges a. a. O. S. 17.

Person verantwortlich handelt und nach deren Willen und unter deren Herrschaft eine andere Person ohne eigene Verantwortung zum Deliktserfolg mitwirkt, ist eine nach dem Maß der Mitwirkssamkeit zum Erfolg gemachte Unterscheidung der Tatbeiträge in Ausführungshandlung und Nichtausführungshandlung bedeutungslos, denn die Körpertätigkeit des Unverantwortlichen kann rechtlich weder als Täterhandlung noch als Teilnahmehandlung gewertet werden. Dohnas Vorwurf ist nach alledem nicht berechtigt. Die Auffassung, daß die Tatbestände grundsätzlich extensiv auszulegen sind, verträgt sich sehr wohl mit der objektiven Teilnahmelehre, die bei Zusammenwirken mehrerer verantwortlicher Personen die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme auf das Maß und die Art der Mitwirksamkeit zum Deliktserfolg abstellt [60]).

C. Mit Anerkennung des extensiven Täterbegriffs ist zugleich die rechtliche Begründung der sog. mittelbaren Täterschaft gegeben. Sie erschöpft sich in der Erkenntnis, daß in dem weiten Täterbegriff die mittelbare Täterschaft enthalten ist. Einer besonderen rechtlich-konstruktiven Begründung bedarf es daher zu ihrer Annahme nicht [61]). Die mittelbare Täterschaft ist echte, wahre Täterschaft. Sie ist eine „Spielart der Täterschaft", die sich von der unmittelbaren Täterschaft „nur in äußerlichen, juristisch belanglosen Beziehungen unterscheidet, mit ihr aber im juristisch wesentlichen Kern durchaus übereinstimmt" [62]). Entsprechend der Täterschaft ist mittelbarer Täter, wer die Tatbestandsverwirklichung schuldhaft verursacht, sofern er nicht Anstifter oder Gehilfe ist [63]).

§ 3. Die Bedeutung der Teilnahmeformen für die mittelbare Täterschaft.

Anstiftung ist „vorsätzliche Verursachung des Erfolgs durch Hervorrufen des Tatentschlusses in einem anderen und Herbeiführung des Erfolgs durch diesen anderen als vollverantwortlichen Täter" [64]). Zwischen Anstiftung und dem vom Angestifteten herbeigeführten Erfolge besteht ein ursächlicher Zusammenhang. Es liegt hier eine besondere Art des Kausalverlaufs vor. Der Anstifter kausiert den Er-

---

[60]) Mezger, ZStW. 52, 541.
[61]) Mezger, Lb. 425.
[62]) Eberhard Schmidt, Frank-Festg. II, 120.
[63]) Von der Behandlung der sog. eigenhändigen Delikte soll vorerst Abstand genommen werden. Sie sind als Einschränkungen des extensiven Täterschaftsbegriffs aufzufassen.
[64]) Mezger, Lb. 432.

folg durch einen Menschen [65]). Dieser muß eine „strafbare Handlung" begangen haben. An diesen vom Gesetz gebrauchten Ausdruck wird in der Literatur die Streitfrage geknüpft, ob das Strafgesetzbuch die Teilnahme minimal- oder extrem-akzessorisch ausgestaltet hat. Es fragt sich, ob das Gesetz unter strafbarer Handlung eine rechtswidrige und zugleich auch schuldhafte Tat versteht, oder ob es darunter eine bloß rechtswidrige Tat begreift. Letzteres hat Höpfner unter Hinweis auf den § 59 StGB., der auch von „strafbarer Handlung" spricht, nachzuweisen versucht. Was Höpfner bezüglich des § 59 ausführt, verdient Billigung. Es ist richtig, daß dort zur strafbaren Handlung nur Rechtswidrigkeit gefordert wird, denn der § 59 StGB. behandelt anerkanntermaßen die Fälle, wo es am Vorsatz und somit an der Schuld fehlt, und spricht trotzdem von „strafbarer Handlung". Diese Bedeutung aber auch der Ausdrucksweise des § 48 StGB. beizulegen, ist nicht angängig. Die Meinung des Reichsgerichts und die überwiegende Ansicht in der Literatur geht unter Ablehnung von Höpfners Auffassung richtigerweise davon aus, daß unter „strafbarer Handlung" im § 48 StGB. nur eine solche Handlung zu verstehen ist, die „rechtswidrig und zugleich auch schuldhaft" gesetzt wird, also in concreto strafbar ist. Diese Abhängigkeit der Anstiftung von einer rechtswidrig und schuldhaft begangenen Haupttat wird im Anschluß an M. E. Mayer als „extreme Akzessorietät" bezeichnet [66]). Sie bedeutet, daß bei Vorliegen eines die Schuld des sog. Haupttäters ausschließenden Grundes mangels einer strafbaren Haupttat strafbare Anstiftung entfällt. Diese Regelung der Akzessorietät der Anstiftung ist von größtem Einfluß auf die Annahme der mittelbaren Täterschaft. Die Fälle, die wegen der extrem-akzessorischen Natur der Teilnahme nicht unter Anstiftung oder Beihilfe zu einer Tat gebracht werden können, sind zumeist der mittelbaren Täterschaft unterzuordnen [67]).

Es fragt sich noch, ob die Voraussetzungen der strafbaren Handlung auch dann erfüllt sind, wenn dem Haupttäter ein sog. persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite steht. Unter Strafausschließungsgründen sind solche Umstände zu verstehen, die „unbeschadet des Deliktscharakters der Handlung die Entstehung des staatlichen

---

[65]) Zustimmend Mezger, I b. 433; Liszt-Schmidt, LB. § 47 (S. 321); Frank, Komm. I zu § 48; Nagler, Teilnahme 145; Gerland, Grundriß 144; Allfeld, Lb S. 203, 221, 225; v. Bar, Gesetz und Schuld II, 632. 697. Ferner das RG., vgl. RGSt. 5, 228 und 15. 316. *A. M.* Ortmann in Goltd.A. 23, 268 ff. und GerS. 28, 82 ff. Gegen ihn insbesondere Nagler a. a. O. S. 145.

[66]) M. E. Mayer, I b. 391.

[67]) Würde man diese Akzessorietät lockern, z. B. wie im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 § 29 die Teilnahme nur von dem Vorliegen einer objektiv rechtswidrigen Tat abhängig machen — ohne Verschulden des Haupttäters zu fordern —, so würden dadurch die Fälle der mittelbaren Täterschaft vermindert werden, ohne daß man aber damit die mittelbare Täterschaft ganz beseitigen würde.

Strafrechts gegenüber dem Täter verhindern [68]). Als Beispiele dafür sind anzuführen: Exterritorialität oder beim Diebstahl unter Verwandten die Verwandteneigenschaft oder beim Diebstahl unter Ehegatten das eheliche Verhältnis. Diese Frage wird von der herrschenden Lehre und der Praxis des Reichsgerichts bejaht. Ein Deutscher, der in Deutschland einen Exterritorialen zu einem hier begangenen Verbrechen anstiftet, ist trotz Straflosigkeit des Exterritorialen als Anstifter zu diesem Verbrechen zu bestrafen, denn die Handlung ist auch für einen Exterritorialen verboten und für ihn schuldhaft herbeiführbar. Der Begriff der strafbaren Handlung im Sinne des § 48 StGB. ist somit klargestellt. Die Strafbarkeit der Anstiftung erfordert zwar die Strafbarkeit der Haupttat, aber nicht die Strafbarkeit des Haupttäters [69]). In diesen Fällen ist Anstiftung möglich und folgerichtig Täterschaft (mittelbare Täterschaft) ausgeschlossen.

In subjektiver Hinsicht setzt die Anstiftung voraus, daß der Vorsatz des Anstifters alles das umfaßt, was die Anstiftung objektiv charakterisiert [70]). „Der Anstifter muß wissen, daß er bestimmt und wozu er bestimmt" [71]). Der dolus des Anstifters begreift in sich sowohl „den Willen, daß seine Tätigkeit den verbrecherischen Entschluß des anderen auslöse, als auch weiter den, daß der Angestiftete das Verbrechen nach Willens- und Tatseite hervorbringe. Der Vorsatz des Anstifters zerfällt also in zwei gleichwertige Teile; er enthält die Vorstellung vom unmittelbaren Erfolge der eigenen Bemühungen im Seelenleben des anderen und weiterhin vom Erfolge dieser eigenen Tätigkeit in der Außenwelt nach ihrem Durchgang durch das Willenssystem des anderen" [72]).

Wo Anstiftung entfällt, besteht noch die Möglichkeit psychischer Beihilfe zur Haupttat. So vor allem, wenn derjenige, der anstiften will, sich an einen zur Tat bereits Entschlossenen wendet. Anstiftung scheidet hier mangels „Bestimmung" eines anderen zur Tat aus. Dagegen kann psychische Beihilfe zu der vom Täter begangenen Tat vorliegen. In solchen Fällen kommt Täterschaft, also auch mittelbare Täterschaft, nicht in Betracht.

---

[68]) Frank, Komm. IV. Abschn. Einltg. Abs. 4.

[69]) so Frank, Komm. II 2 zu § 48; Huismans a. a. O. 14. *A. M.* P. Wolf a. a. O. S. 88 u. 97; Mezger, Lb. 431, die jedoch zu Unrecht behaupten, daß in den Fällen des sog. persönlichen Strafausschließungsgrundes „regelmäßig die Schuld fehle".

[70]) Mezger, Lb. 435.

[71]) Frank, Komm. III zu § 48.

[72]) Nagler, Teilnahme .. 142. Dies ist auch die Auffassung des Reichsgerichts.

§ 4. Das Anwendungsgebiet der mittelbaren Täterschaft.

I. Mittelbare Täterschaft bei nichttatbestandsmäßigem Handeln der Mittelsperson.

Zur Täterschaft gehört Tatbestandsverwirklichung in objektiver und subjektiver Hinsicht. Selbstverständliche Voraussetzung ist, daß der Täter für den Deliktserfolg kausal geworden ist. Daß auch der sog. mittelbare Täter für die Deliktsverwirklichung kausal ist, daß also die Kausalität des Hintermanns vor der Person des Vordermanns nicht Halt macht, sondern durch dessen Person hindurchwirkt, ist heute Allgemeingut der Wissenschaft. Ob aber der Hintermann stets rechtlich als mittelbarer Täter zu betrachten ist, darüber herrscht im Schrifttum Streit. Vor allem besteht keine einheitliche Auffassung in der Frage, ob der Hintermann auch dann mittelbarer Täter sein könne, wenn die äußere Handlung für den Vordermann nicht tatbestandsmäßig oder nicht rechtswidrig ist. Im Schrifttum gehen die Meinungen auseinander.

v. Hippel verlangt, daß der Tatmittler „stets den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung setzt“ [73]). Ebenso kann nach Mittermaier von strafbarer mittelbarer Täterschaft nicht die Rede sein, wenn die Ausführungshandlung des Mittlers „nicht dem Tatbestand eines Strafgesetzes entspricht“ [74]) [75]). Zur Begründung wird angeführt, daß, wenn die Rechtsordnung die Ausführungshandlung des Mittlers nicht verbietet und mit Strafe bedroht, sie unzweideutig damit zum Ausdruck bringen will, daß jede — die unmittelbare wie auch die durch eine Mittelsperson vermittelte — Verursachung dieses Erfolges nicht rechtswidrig und somit auch nicht strafwürdig sein soll. Wer also den „Ausführenden“ zu einer solchen Handlung, die für diesen mangels Tatbestandserfüllung straflos ist, veranlaßt, für den soll sie nach dieser Auffassung ebensowenig tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein wie für die Mittelsperson selbst.

Demgegenüber ist einzuwenden, daß es sehr wohl möglich ist, daß, obwohl die Herbeiführung des Erfolges für den Unmittelbar-Ausführenden nicht tatbestandsmäßig ist, sie doch für den Veranlassenden tatbestandsmäßig sein kann. Man denke vor allem an den Fall, daß Ausführender und Verletzter in einer Person zusammentreffen [76]). Wird z. B. der Ausführende von einem anderen veranlaßt, eine bestimmte Sache, die — wie der Veranlassende vortäuscht —

---

[73]) v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 475.
[74]) ZSTW. 21, 246 Abs. 2.
[75]) vgl. Kleinfeller in GoltdA. 64, 219 f. Abs. 1 a. E.
[76]) Simons, GerS. 101, 242, Die mittelbare Täterschaft und ihr Verhältnis zur Teilnahme.

einem Dritten gehören soll, in Wahrheit aber im Eigentum des Ausführenden selbst steht, zu zerstören und tut dies der Ausführende, so verwirklicht er nicht den objektiven Tatbestand des § 303 StGB. Denn die Zerstörung der eigenen Sache ist für ihn nicht rechtswidrig. Es fehlt die im Gesetz geforderte „Fremdheit" der Sache. Er handelt nicht tatbestandsmäßig. Für den Veranlassenden dagegen ist zweifellos die Sache des Ausführenden eine fremde. Verursacht er durch seinen Tatmittler die Zerstörung der Sache, so handelt er tatbestandsmäßig und auch rechtswidrig, denn er verstößt gegen das dem § 303 StGB. zugrunde liegende Verbot der fremden Sachvernichtung [77]). Es bestehen m. E. keine Bedenken, den Veranlassenden als mittelbaren Täter zu bestrafen. Ihn straffrei zu lassen — ein Ergebnis der folgerichtigen Durchführung der Auffassung von v. Hippel —, hieße das Wesen der mittelbaren Täterschaft als einer echten Täterschaft verkennen. Der Hintermann verursacht durch die Mittelsperson den Deliktserfolg. Ihm wird das, was die Mittelsperson getan hat, also das äußere Geschehen, in rein tatsächlicher Hinsicht als von ihm verursacht zugerechnet. Die Tätigkeit der Mittelsperson ist ihm nur ein Ersatz für die eigene Körpertätigkeit. Ob das äußere Geschehen als Verwirklichung eines bestimmten objektiven Deliktstatbestandes anzusehen ist, ist einzig und allein vom Hintermann als dem Verursacher der Tätigkeit aus zu beurteilen. Die rechtlichen Voraussetzungen müssen beim Hintermann vorliegen, falls er als mittelbarer Täter in Betracht kommen soll. Dazu gehört in unserem Falle, daß die Sache für ihn eine fremde und ihre Zerstörung für ihn rechtswidrig ist. Dies genügt aber auch. Es ist für die Annahme der mittelbaren Täterschaft nicht zu fordern, daß auch für die Mittelsperson die Sache eine „fremde" ist. Es kommt also m. E. nicht darauf an, daß die Mittelsperson den objektiven Tatbestand in ihrer Person ganz erfüllt, es genügt, wenn sie das notwendige äußere Geschehen dem Willen des Hintermannes gemäß herbeiführt.

II. Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelsperson.

Über die weitere Frage, ob die Handlung des Tatmittlers stets rechtswidrig sein müsse, um mittelbare Täterschaft des Hintermanns annehmen zu können, herrscht Streit. Mezger glaubt, in den Fällen, wo die Handlung der Mittelsperson der Rechtswidrigkeit entbehrt, mittelbare Täterschaft verneinen zu müssen, denn wer rechtmäßig

---

[77]) Eine die Rechtswidrigkeit ausschließende Einwilligung des Verletzten liegt mangels entgegenstehenden Willens des Verletzten — der ja vom Veranlassenden über die Eigentumsverhältnisse der Sache getäuscht worden ist — nicht vor.

handelt, soll nicht zugleich einem anderen zur Ausführung einer rechtswidrigen Tat dienen können [78]).

Mezgers Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Wer eine sog. „Rechtmäßigkeitslage" [79]) für einen anderen herbeiführt, um unter dem Deckmantel der für den anderen rechtmäßigen Ausführungshandlung einen verbotenen Erfolg zu verursachen, kann sich nicht auf die Rechtmäßigkeit der Handlungsweise des anderen berufen. In diesem Ergebnis stimmt ein großer Teil der Literatur mit der hier vertretenen Auffasung überein [80]). In der Begründung jedoch weichen die einzelnen Ansichten erheblich voneinander ab. An folgendem Beispiel sollen die Meinungsverschiedenheiten dargestellt werden: B befindet sich dem Angreifer C gegenüber in Notwehrlage. Der hinzukommende A erkennt in C seinen Todfeind, hält die Gelegenheit für günstig, den C aus der Welt zu schaffen. Zum Selbsthandeln ist A zu feige. Durch Zurufe fordert er den B auf, den C niederzuschießen. Auf das Zureden des A tötet B den C in rechtfertigender Notwehr. An der Rettung des B lag dem A nichts. Sein Wollen richtete sich einzig und allein auf Tötung des ihm verhaßten C. B sollte dem A nur als Mittel zur Erreichung seines verbrecherischen Zieles dienen. Kann A wegen Tötung des C, begangen in mittelbarer Täterschaft unter Benutzung des straflosen B als Werkzeug bestraft werden? Die Frage ist zu bejahen. B handelt zweifellos rechtmäßig, da er sich gegen den rechtswidrigen Angriff des C zur Wehr setzt und zwar mit dem Willen sich zu verteidigen [81]). Der Täterhandlung ist somit der Charakter der Widerrechtlichkeit genommen. Dem B steht der Rechtfertigungsgrund der Notwehr zur Seite.

Anders stellt sich jedoch das Verhalten des A rechtlich dar. Durch die Aufforderung des B zur Tötung des C ist auch A für den Tod des C ursächlich geworden, denn ohne das Zureden des A wäre B nicht in dieser Weise und mit diesen Folgen dem Angriff des C entgegengetreten. Die Verursachung des Todes des C ist für A — im Gegensatz zu B — rechtswidrig. Auf den Ausschluß der Rechtswidrigkeit kann sich der A wegen Fehlens des Verteidigungswillens nicht

---

[78]) Mezger, Lb. 426; derselbe, ZStW. 52, 529 ff.

[79]) Der Ausdruck stammt von Hegler, Festg. f. Richard Schmidt S. 555.

[80]) v. Hippel, Strafrecht II, 196, 471; vergl. RGSt. 64, 425. — Heimberger, Grundriß d. Strafrechts S. 43, James Goldschmidt I. W. 1922, S. 256.

[81]) Der Verteidigungswille als „subjektives Rechtfertigungselement" ist zu fordern, weil dieses Erfordernis schon im Begriff der „Verteidigung" liegt. So insbesondere Frank, Komm. II zu § 53; v. Liszt-Schmidt, Lb. § 33, 2 c, und das Reichsgericht, vgl. RGSt. 54, 197; 56, 268; 60, 262. Ferner Lobe, LeipzKomm. Anm. 5 b zu § 53 StGB.; Olshausen, Komm. Anm. 13 zu § 53 StGB., Binding. Normen II, 612. *A. M.* Beling, Lehre vom Verbrechen S. 141; Mittermaier, ZStW. 21, 246. Gegen sie vor allem P. Wolf a. a. O. S. 167. Mezger gelangt zur Verneinung des Erfordernisses des Abwehrwillens auf Grund einer nicht zu rechtfertigenden Überbetonung des im § 53 StGB. gebrauchten Ausdrucks „Erforderlich". Gegen ihn v. Liszt-Schmidt, Lb. § 33 Anm. 14.

berufen [82]). Von sog. Nothilfe des A zugunsten des B ist nicht die Rede. Es handelt sich vielmehr hier — wie v. Hippel richtig betont — „in Wahrheit um einen besonders hinterlistigen Angriff unter dem Deckmantel der Abwehr". Auf Grund der Erwägung, daß das Gesetz berechtigte Interessen schützen, nicht aber einen Freibrief für hinterlistige Rechtsverletzungen aufstellen will, gelangt v. Hippel zu dem richtigen Schluß, daß solches Handeln „objektiv rechtswidrig ist" [83]). Für die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges ist A deshalb auch verantwortlich zu machen. Anstiftung scheidet mangels Strafbarkeit der Tat des B aus. Es kann daher für A nur noch mittelbare Täterschaft in Frage kommen. Daß die Tötungshandlung für B rechtmäßig ist, schließt nicht aus, daß dieselbe Handlung — in Beziehung zu A gesetzt — für A verboten ist, ihre Verursachung für A also rechtswidrig ist [84]).

Auch das Reichsgericht hat sich zu der hier vertretenen Auffassung bekannt. Es führt in RGSt. 64, 425 wörtlich aus: „Die Frage nach der Rechtswidrigkeit kann bei der mittelbaren Täterschaft nur gelöst werden, wenn die Tat in ihrer einheitlichen Gestalt betrachtet wird, also vornehmlich Gewicht darauf gelegt wird, was der mittelbare Täter getan und gewollt hat". Es kommt demnach nicht darauf an, daß die Mittelsperson rechtswidrig handelt, Voraussetzung für den mittelbaren Täter ist nur, daß für ihn der verursachte Erfolg rechtswidrig ist. Ist dies — wie hier — der Fall, so besteht kein Bedenken, den A bei schuldhafter Verursachung des rechtswidrigen Erfolges als mittelbaren Täter zu bestrafen.

In dem Falle, daß A absichtlich die Notwehrlage für B herbeiführt [85]), damit B in Notwehr den angreifenden C, den der A verderben will, tötet, sind zum Nachweis der Rechtswidrigkeit des Erfolges für A noch andere Begründungen unternommen worden.

Nach Heimberger [86]) soll A schon dadurch, daß er die Notwehrlage für B absichtlich herbeiführt, rechtswidrig handeln. Dem ist entgegenzuhalten, daß diese Auffassung in unzulässiger Weise unterstellt, daß B sich aus der durch A bewirkten Notwehrlage auch in der von A beabsichtigten Weise retten wird. Es wird dabei die Herbeiführung der Gefahrlage von vornherein schon mit der in Kürze gewöhnlich, jedoch nicht notwendig folgenden Rechtsgutsverletzung gleichgestellt.

---

[82]) vgl. P. Wolf a. a. O. S. 167, dessen Auffassung zugestimmt wird.
[83]) v. Hippel, Strafrecht II, 196, 471.
[84]) Das Gegenteil hat Mezger ZStW. 52, 534 ff. nicht nachzuweisen vermocht.
[85]) Zum Unterschied vom vorigen Fall, wo A die schon vorhandene Notwehrlage des B für sich ausnutzt. Vgl. Hegler, Festschr. f. R. Schmidt S. 63 ff.
[86]) Heimberger, Grundriß des Strafrechts S. 43.

Von einem ähnlichen Gedanken läßt sich Goldschmidt [87]) leiten. Er weist als Parallele zur absichtlichen Herbeiführung einer Rechtmäßigkeitslage, um unter ihrem Deckmantel einen rechtlich verbotenen Erfolg zu bewirken, auf die Rolle hin, die die sog. actio libera in causa auf dem Gebiete der Schuld spielt. Wie bei der actio libera in causa der Täter sich absichtlich in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt und glaubt, sich auf diese Weise für die in diesem Zustande begangene Tat einen Schuldausschließungsgrund zu verschaffen, so will sich der die Notwehrlage absichtlich Herbeiführende einen Rechtfertigungsgrund sichern. Der Plan des Täters, einen Deliktserfolg zu verursachen, ohne dafür strafrechtlich haftbar gemacht werden zu können, mißlingt dort, und ebenso muß er auch hier fehlschlagen.

Mit einer solchen Parallelsetzung läßt sich nicht begründen, daß die Tötung des C für den die Notwehrlage herbeiführenden A rechtswidrig ist. Im übrigen paßt auch der Vergleich nicht. Der B kann sich im Augenblick der Herbeiführung der Notwehrlage für oder gegen eine Verteidigung entschließen. Bei der actio libera in causa dagegen entfällt für den sich in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit setzenden Täter diese letzte Entschließungsmöglichkeit [88]). Heimberger und Goldschmidt ist die Begründung für ihre Auffassung nicht geglückt. Es kann als nachgewiesen angesehen werden, daß die Mittelsperson durch ein und dieselbe Tätigkeit selbst rechtmäßig handeln und zugleich einem anderen zur Herbeiführung eines rechtswidrigen Deliktserfolges dienen kann. Mezgers Einwand [89]) trifft somit nicht zu. Mittelbare Täterschaft setzt zwar eine Handlung des Tatmittlers voraus, diese aber braucht nicht rechtswidrig zu sein. Ob nun die Rechtswidrigkeit des Tatmittlers auf Grund von Notwehr gemäß § 53 StGB. ausgeschlossen ist oder auf Grund von übergesetzlichem Notstand im Sinne des Reichsgerichts, von Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß § 193 StGB. oder von Selbsthilfe nach den §§ 229, 561 Abs. 1 BGB. muß für die Frage der mittelbaren Täterschaft gleichgültig sein. In allen Fällen mangelnder Rechtswidrigkeit kann ohne Rechtsbedenken mittelbare Täterschaft angenommen werden, wenn nur der verursachte Erfolg für den Veranlassenden rechtswidrig ist.

---

[87]) James Goldschmidt, JW. 1922 Jahrg. 51 S. 256.
[88]) Hegler a. a. O. S. 65.
[89]) Mezger, Lb. 426.

III. Mittelbare Täterschaft bei schuldlosem und fahrlässig-schuldhaftem Handeln der Mittelsperson.

A. Einleitung: Begriffsbestimmung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und strafrechtlicher Schuld.

Ist bisher zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bei mittelbarer Täterschaft Stellung genommen worden, so bedarf jetzt das Schuldproblem eingehender Erörterung, denn in den weitaus meisten Fällen schafft in erster Linie das Fehlen der Schuld beim Tatmittler die Voraussetzung für die Annahme mittelbarer Täterschaft [90]). Damit der Schuldvorwurf gegen den Handelnden erhoben werden kann, muß zu dessen bloßer äußerer Beziehung zur Tat noch eine bestimmte innere Einstellung hinzukommen. Diese Einstellung zur Tat zeichnet sich durch zweierlei aus: durch die psychologische Beziehung des Täters zum Erfolg und durch das Bewußtsein des Täters vom Verbotensein der Herbeiführung dieses Erfolges [91]). Dem äußeren tatbestandsmäßigen Erfolg entspricht in der Psyche des Täters Vorsatz und Fahrlässigkeit, dem Verbotensein des Erfolges im Innern des Täters das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder im Anschluß an Lobe, Frank und Graf zu Dohna wenigstens das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit [92]), das Bewußtsein, daß ein bestimmtes Tun unserer Kulturauffassung gemäß mit größter Wahrscheinlichkeit auch vom Recht als verboten bezeichnet sein wird.

Die psychologische Beziehung des Täters zum objektiven Deliktserfolg findet man zumeist mit der Frage nach dem Vorsatz. Hat man „das Wissen und Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale" beim Täter festgestellt, so ist dies ein Indiz dafür, daß ihn auch der Schuldvorwurf der Rechtsordnung treffen wird. Dieser Vorwurf kann nur dann erhoben werden, wenn jemand trotz Kenntnis der pflichtwidrigen Richtung seines Handlungswillens diesen dennoch betätigt. In diesem Falle macht die Rechtsordnung dem Handelnden den Vorwurf, daß er sich nicht so verhalten hat, wie er sich in dieser Lage

---

[90]) Auch beim Mangel der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Tatmittlerhandlung fehlt die Schuld, denn ohne tatbestandsmäßige, rechtswidrige Tat auch kein Schuldvorwurf. Jedoch ist in diesen Fällen das Fehlen der Schuld nur von sekundärer Bedeutung. Der tiefere, der primäre Grund für die Eröffnung der Möglichkeit zur Annahme mittelbarer Täterschaft ist und bleibt das Fehlen der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Tatmittlerhandlung. Anders aber hier, wo die Tatmittlerhandlung zumeist tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist, ein Schuldvorwurf aber wegen Vorliegens eines Schuldausschließungsgrundes nicht erhoben werden kann.

[91]) Lobe, LeipzKomm. Einltg. 92; Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs. 1907; derselbe, Komm. 4. Abschn. Einltg. II, S. 136.

[92]) Frank, Komm. § 59 III, 2 mit Literaturangaben; Graf zu Dohna, GerS. 65, 320.

hätte verhalten müssen. Schuld ist also Vorwerfbarkeit [93]). Sie ist ein Werturteil über die pflichtwidrige Willensbetätigung. Die Schuldfrage als strafrechtliche Haftungsfrage ist demnach mit dem Vorliegen von Vorsatz noch nicht bejaht. Dies erkennt auch das Reichsgericht an, indem es in RGSt. 64, 30 ausführt, daß die §§ 52 und 54 StGB. die Schuld ausschließen und trotzdem „die Vorsätzlichkeit des Handelns unberührt lassen".

Fahrlässigkeit setzt voraus, daß der Täter die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, außer acht läßt und deshalb den Deliktserfolg, den er bei Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt hätte voraussehen können, nicht voraussieht — sog. unbewußte Fahrlässigkeit — oder den Eintritt des Erfolges zwar für möglich hält, aber pflichtwidrig darauf vertraut, daß er nicht eintreten werde — sog. bewußte Fahrlässigkeit [94]). Beide Fahrlässigkeitsformen erfordern also zweierlei: die pflichtwidrige Willensbetätigung und die Voraussehbarkeit bezw. Voraussicht des Deliktserfolges. Ist in einem Falle nur eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, z. B. die Pflichtwidrigkeit der Willensbetätigung nicht vorhanden, so scheidet Fahrlässigkeit aus.

In diesem Sinne ist die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 30 S. 25 gehalten. A hatte dort auf ausdrücklichen Befehl seines Dienstherrn ein Pferd, das ihm als Durchgänger, als Leinefänger, bekannt war, vor den Wagen gespannt und war vom Land in die Stadt gefahren. Dabei war er sich bewußt, welche Gefahr dieses Pferd für die Fußgänger bedeutete. Das Pferd ging tatsächlich durch und verletzte einen Fußgänger. Trotz Voraussehbarkeit dieses Erfolges verneinte das Reichsgericht die Schuld des A mit der Begründung, er habe nicht pflichtwidrig gehandelt. Es führte aus, dem A „konnte nicht zugemutet werden" der ausdrücklichen Anweisung seines Dienstherrn nicht nachzukommen, da eine Weigerung seine Entlassung zur Folge gehabt hätte. Daraus erhellt, daß nach Auffassung des Reichsgerichts Fahrlässigkeit nicht schon mit dem Mangel der Voraussicht zu bejahen ist. Erforderlich ist vielmehr, damit ein Schuldvorwurf erhoben werden kann, noch die Feststellung der Pflichtwidrigkeit der Willensbetätigung [95]). Dazu gehört auch die Prüfung der Frage, ob nicht etwa sog. Schuldausschließungsgründe vorliegen.

---

[93]) Mezger, Lb. 249.

[94]) so das RG, in ständiger Praxis, vgl. RGSt. 56, 343 (349).

[95]) vgl. auch Kohlrausch, StGB.-Kom., 30. Aufl., § 59 Anm. 4 II b.
Der Rechtsauffassung des Reichsgerichts über den Fahrlässigkeitsbegriff ist zuzustimmen. Im Entscheidungsergebnis jedoch kann dem RG. nicht gefolgt werden, denn dem A war bei vorliegender Sachlage ein anderes als das von ihm eingeschlagene Verhalten sehr wohl zumutbar. Die gegenteilige Auffassung des Reichsgerichts entspringt abzulehnendem individualistisch-liberalistischem Denken.

B. Hauptteil: Gründe, welche die Schuld der Mittelsperson ausschließen und dadurch für den die Mittelsperson Benutzenden die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft eröffnen.

In den meisten Fällen mittelbarer Täterschaft fehlt es beim Tatmittler an der Schuld, sei es, daß er unzurechnungsfähig ist, sei es, daß ihm besondere Schuldausschließungsgründe zur Seite stehen.

1. Unzurechnungsfähigkeit infolge Geisteskrankheit.

Eine Definition der Zurechnungsfähigkeit gibt das Gesetz nicht. Es knüpft nur an die Unzurechnungsfähigkeit im § 51 StGB. die Wirkung, daß bei ihrem Vorliegen „eine strafbare Handlung nicht vorhanden" ist. Diese Ausdrucksweise des Gesetzes hat zu verschiedenen Deutungen über das Wesen der Zurechnungsfähigkeit Anlaß gegeben. Vom Reichsgericht und von Binding wird die Zurechnungsfähigkeit als „Handlungsfähigkeit" angesehen [96]). Unzurechnungsfähigkeit soll strafrechtliche Handlungsunfähigkeit bedeuten. In RGSt. 27, 44 spricht das Reichsgericht vom Unzurechnungsfähigen als demjenigen, der „einer Handlung im strafrechtlichen Sinne nicht fähig" ist. Denselben Gedanken drückt das Reichsgericht in der Entscheidung in RGSt. 40, 24 noch schärfer mit den Worten aus: „Der Geisteskranke kann weder eine strafbare noch überhaupt eine Handlung im Sinne des Strafrechts begehen". Damit will das Reichsgericht sagen, daß die Handlung eines Unzurechnungsfähigen keine Handlung im Rechtssinne, also rechtlich indifferent sei, mithin weder rechtswidrig noch schuldhaft sein könne [97]).

Die im Schrifttum überwiegende Meinung [98]) betrachtet die Zurechnungsfähigkeit — wie es richtig ist — als Schuldfähigkeit und entsprechend die Unzurechnungsfähigkeit als Schuldunfähigkeit [99]). Wer unzurechnungsfähig ist, handelt zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft. „Bedeutet das Schuldurteil den Vorwurf schlechten und unbesonnenen Verhaltens, so fällt die Schuld in denjenigen Fällen fort, in welchen sich dieser Vorwurf nicht erheben läßt. Das ist nach unserer heutigen Kulturauffassung der Fall, wenn Bewußtseinstrübungen, mangelnde Verstandesreife oder krankhafte geistige Störungen von entscheidendem Einfluß auf das Verhalten des Täters

---

[96]) Binding, Normen II, 119, 132 u. 170.

[97]) Vergl. RGSt. 56, 209; dagegen: Mezger, Lb. 268, Frank, Komm. IV zu § 51, vergl. auch Kohlrausch, Komm. zum StGB. (1932), § 51 Ziffer 1 u. § 53 Ziffer 5.

[98]) Insbesondere Frank, Komm. IV zu § 51; Max Ernst Mayer, Lb. 202 Anmerk. 2, Beling, Grundriß 19.

[99]) Anm. wie 98.)

waren [100]). Mit Recht bezeichnet Eberhard Schmidt die Unzurechnungsfähigkeit als die Unfähigkeit, „die sozialen Anforderungen richtig zu erkennen und dieser Erkenntnis gemäß zu handeln“ [101]).

Daraus folgt, daß, wer sich eines Unzurechnungsfähigen als Mittel zur Ausführung einer Tat bedient, nie Anstifter sein kann. Die extrem-akzessorische Natur der Anstiftung steht dem entgegen. Wohl aber kommt er als mittelbarer Täter in Betracht. Kausalzusammenhang zwischen seinem Veranlassen und dem Deliktserfolg ist gegeben, denn im Sinne der condicio sine qua non-Theorie ist ursächlich jeder, dessen Handeln nicht hinweggedacht werden könne, ohne daß zugleich der Deliktserfolg entfiele. Hat also der den Unzurechnungsfähigen zur Ausführung der Tat Veranlassende durch seine Veranlassung den für ihn rechtswidrigen Erfolg schuldhaft verursacht, so hindert nichts, ihn als mittelbaren Täter zu strafen.

Das gleiche gilt für den Fall, wo der mittelbare Täter den Unzurechnungsfähigen nicht „anstiftet“, sondern nur „unterstützt“.

A sieht, wie der ihm bekannte Geisteskranke B bemüht ist, ein Gebäude anzuzünden, aber kein taugliches Brennmaterial verwendet. Da A dem Hauseigentümer gram ist, reicht er dem B tauglichen Zündstoff. B brennt das Gebäude nieder [102]).

B handelt als Unzurechnungsfähiger schuldlos und kommt daher als Täter nicht in Betracht. Wegen der extrem-akzessorischen Natur der Beihilfe scheidet A als Gehilfe des B aus. Nach M. E. Mayer soll in diesem Fall A straffrei ausgehen [103]). Den Fall der „Unterstützung eines Geisteskranken“ entsprechend dem der „Anstiftung“ zu behandeln, lehnt Mayer ab, denn Beihilfe einerseits sei streng zu unterscheiden von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft andererseits. Nur letztere sollen „in ihrer kausalen Struktur“ übereinstimmen, weil sie „Veranlassungen der Ausführung“ seien, dagegen könne dies nicht von der Beihilfe gesagt werden.

Der Auffassung Mayers ist nicht zuzustimmen. Es läßt sich nicht leugnen, daß auch die Tätigkeit des A für die Tatbestandsverwirklichung kausal geworden ist, denn ohne sie wäre die Brandstiftung für den B nicht ausführbar gewesen. Das für die mittelbare Täterschaft charakteristische Kausalverhältnis liegt auch in diesem Falle vor [104]). Für den A ist die Vernichtung des Gebäudes durch Brand rechtswidrig. Sie ist auch von ihm gewollt. Es ist daher A wegen

---

[100]) v. Hippel, Willensfreiheit und Strafrecht, Berlin 1903 S. 25; ähnlich auch Mezger, Lb. 279 und derselbe Frank-Festg. I, 519 ff. Desgleichen Beling, Grundriß 11. Aufl. S. 19.

[101]) Eberhard Schmidt in Liszt-Schmidt § 37 I, 239.

[102]) Allfeld, Lb. S. 215 Anm. 7.

[103]) Max Ernst Mayer, Lb. 377.

[104]) Frank, Komm. Einltg. 3. Absch. III hinter Ziff. 4, S. 107.

Brandstiftung, begangen in mittelbarer Täterschaft durch Benutzung eines Geisteskranken zu bestrafen [105]).

2. Altersunzurechnungsfähigkeit bei Kindern und Jugendlichen.

a. Handelt es sich im Falle des § 51 StGB. zumeist um eine Tat, die Mezger als eine „persönlichkeitsfremde" bezeichnet [106]) und damit andeutet, daß aus den im Gesetz genannten Gründen die schon vorhandene Persönlichkeit des Täters zur Zeit der Tat nicht zur Geltung kommen konnte, so soll jetzt die Tat eines Menschen betrachtet werden, der wegen seines jugendlichen Alters sich noch nicht zur Persönlichkeit entwickelt hat. Nach den §§ 2 und 3 JGG. vom 16. 2. 1923 ist ein solcher Täter „nicht strafbar". Den Grund der Straflosigkeit gibt das Gesetz nicht an. Daher wird diese Gesetzesstelle verschieden ausgelegt:

1). Das jugendliche Alter wird als bloßer Strafausschließungsgrund angesehen. Es soll die Rechtswidrigkeit und die Schuld des Täters unberührt lassen und nur die strafrechtliche Verfolgbarkeit ausschließen.

2). Es wird als Schuldausschließungsgrund betrachtet. Die rechtswidrige Tat soll dem Jugendlichen aus bestimmten Gründen nicht zugerechnet werden. Dem Jugendlichen mangele die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit. Er sei schuldunfähig. Deshalb könne ihn der Schuldvorwurf der Rechtsordnung nicht treffen.

Das Reichsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß die Jugendlichkeit ein „rein persönlicher Strafausschließungsgrund" ist [107]). Es hält auch nach Schaffung des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. 2. 1923 daran fest. In RGSt. 57, 208 wird ausdrücklich betont, daß das jugendliche Alter lediglich einen „Strafausschließungsgrund bilde. Zur Begründung seiner Auffassung verweist es auf den § 68 des Vorentwurfs eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1909, auf den § 2 JGG. zurückgehen soll.

§ 2 JGG. lautet:

„Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ehe er 14 Jahre alt geworden ist, ist nicht strafbar."

§ 68 des Vorentwurfs zum Strafgesetzbuch von 1909 besagt:

„Nicht strafbar ist, wer bei der Begehung der Handlung das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat."

---

[105]) so Frank, Komm. 107; Allfeld 215; Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen, Strafrechtl. Abhdlg. Heft 198 S. 128. Im Ergebnis auch Hegler, RG.-Festg. V, 306 ff. Vom Standpunkt des extensiven Täterbegriffs vor allem Mezger, Lb. S. 429; Eberhard Schmidt in Frank-Festg. II, 122; RGSt. 18, 419 (423). *A. M.* RGSt. 11, 56; 21, 14; Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme 163; Binding, GerS. 76, 102 Anm. 2.

[106]) Mezger, Lb. 276.

[107]) RGSt. 6, 186; 18, 116; 19, 192; 20, 46; 25, 366 und 50, 199.

Auf Grund des Wortlauts beider Vorschriften allein ist m. E. nicht recht verständlich, wie das Reichsgericht zu seiner Auffassung gelangt ist. Vergleicht man jedoch den § 68 mit dem § 63 (Unzurechnungsfähigkeit), den § 66 (Notwehr) und den § 67 (Notstand) desselben Vorentwurfs, so erkennt man, daß sie alle in der subjektiven Fassung „nicht strafbar ist, wer . ." übereinstimmen. Zieht man zur Klärung dieser Erscheinung dann die dem Vorentwurf beigegebene Begründung heran, so sieht man, daß dem Vorentwurf die Auffassung zugrunde liegt, die Unzurechnungsfähigkeit (§ 63) sei kein Schuldausschließungs-, sondern nur ein Strafausschließungsgrund. Es wird dort S. 224/25 ausgeführt: „Es sei sehr wohl möglich, daß auch ein Geisteskranker unter den Voraussetzungen strafrechtlicher Schuld mit vollem Schuldbewußtsein gehandelt hat, nur hindert seine abnorme Geistesbeschaffenheit ihn strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Es liegt nahe, daraus zu folgern, daß dasselbe auch für die Fälle der §§ 66, 67 und 68 (Kinder) gelten solle, denn auch bei ihnen findet sich die subjektive Fassung: „Nicht strafbar ist, wer . ." vor. Die Tendenz des Vorentwurfs wird somit als dahingehend erkannt, den Begriff des Schuldausschließungsgrundes zugunsten des Strafausschließungsgrundes verschwinden zu lassen [108]). Der Standpunkt des Reichsgerichts erscheint auf Grund dieser Überlegung als verständlich. Er wäre auch als berechtigt anzuerkennen, wenn dem Reichsgericht der Nachweis gelungen wäre, daß der § 68 des Vorentwurfs das unmittelbare Vorbild für den § 2 JGG. gewesen sei.

Dem ist aber nicht so, denn die Ähnlichkeit im Wortlaut ist kein zwingender Beweis dafür, zumal zeitlich zwischen dem Entwurf von 1909 und dem geltenden Jugendgerichtsgesetz von 1923 noch der Strafgesetzentwurf von 1919 liegt.

Zieht man den Vergleich nicht zwischen § 2 JGG. und dem § 68 des Vorentwurfs von 1909, sondern zwischen dem § 3 JGG. und dem § 130 des Strafgesetzentwurfs von 1919, so ist die große Übereinstimmung im Wortlaut auffallend.

> § 3 JGG.: „Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht strafbar, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen."
>
> § 130 des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch von 1919 lautet: „Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht zurechnungsfähig, wenn er zur Zeit der Tat wegen zurückgebliebener Entwicklung oder mangels geistiger oder sittlicher Reife unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen der Einsicht gemäß zu bestimmen."

---

[108]) vgl. Huismans, Die mittelbare Täterschaft S. 49.

Eine Gegenüberstellung der Begründung, die in der Denkschrift zum Strafgesetzentwurf von 1919 zu § 130 gegeben wird, mit der auf S. 10 zum Entwurf des Jugendgerichtsgesetzes ausgeführten zeigt, daß letztere einfach die Wiederholung der ersteren ist [109]). An keiner Stelle wird auf einen Unterschied von § 3 JGG. gegenüber dem § 130 des Strafgesetzentwurfs hingewiesen. Das hat Gerland veranlaßt zu der Folgerung, daß der § 3 JGG. den im Entwurf vom 1919 enthaltenen „Grundbegriff der Zurechnungsfähigkeit adoptiert hat, mithin trotz veränderten Wortlauts (der Jugendliche ist „nicht strafbar") von der Unzurechnungsfähigkeit des Jugendlichen, dem die im § 3 JGG. angegebenen Fähigkeiten fehlen, ausgegangen ist" [110]). Unzurechnungsfähigkeit bedeutet im Strafgesetzentwurf von 1919, wie sich aus § 18 des Entwurfs und dessen Begründung ergibt, nichts anderes als Schuldunfähigkeit. Somit hat Gerland die Ansicht des Reichsgerichts von Jugendlichkeit als einem persönlichen Strafausschließungsgrund m. E. zugunsten eines Schuldausschließungsgrundes widerlegt. Daß sich das Reichsgericht mit seiner Behauptung, § 2 JGG. lehne sich an den § 68 des Vorentwurfs von 1909 an, nicht ganz sicher fühlt, geht aus RGSt. 61, 267 hervor, wo es in Abkehr von RGSt. 57, 208 behauptet, das Jugendgerichtsgesetz lehne sich an den Strafgesetzentwurf von 1919 (also nicht an den Entwurf von 1909) an, im übrigen aber die Frage, ob Jugendlichkeit Strafausschließungsgrund oder Schuldausschließungsgrund sei, unbeantwortet läßt. Ist schon Jugendlichkeit Schuldausschließungsgrund, dann ist es erst recht die Kindheit.

Für Jugendlichkeit im Sinne des Jugendgerichtsgesetzes als einem Schuldausschließungsgrund hat sich der überwiegende Teil des Schrifttums ausgesprochen [111]). Der Mangel des im § 3 JGG. erforderlichen Unterscheidungsvermögens und das Fehlen der Willenskraft, der Einsicht gemäß zu handeln, vermindern die Zurechnungsfähigkeit und damit die Schuldfähigkeit des Täters. Die Gründe, welche die Zurechnungsfähigkeit verringern, verkleinern auch die Schuld, diejenigen Momente, welche die Zurechnungsfähigkeit ganz ausschließen, befreien auch von jedem Schuldvorwurf. Jugendlichkeit und Kindheit sind daher im Sinne des Jugendgerichtsgesetzes als Schuldausschließungsgründe gerechtfertigt.

b. Hat man festgestellt, daß die §§ 2 und 3 JGG. Schuldausschließungsgründe enthalten, so fragt es sich, welche Stellung sie zu den übrigen Schuldausschließungsgründen, vor allem zu dem Schuldausschließungsgrund des § 51 StGB. einnehmen. Zweifel können ent-

[109]) Amtliche Begründung zum Entwurf des Jugendgerichtsgesetzes, Drucksachen des Reichstags I 1920/22 Nr. 5171 S. 10.

[110]) Gerland, Festschrift für Rosenthal, Jena 1923, S. 76.

[111]) Vor allem Wegner, Jugendrecht (1929) S. 186 ff., Mezger, Lb. 284; Eberhard Schmidt in Liszt-Schmidt, Lb. § 38 B I 1 b (S. 247).

stehen, ob bei einem Zusammentreffen der Voraussetzungen sowohl der §§ 2 oder 3 JGG. wie auch der des § 51 StGB. in ein und derselben Person die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes oder die des Strafgesetzbuchs Platz greifen. Je nachdem man sich für den Vorrang der einen oder der anderen entscheidet, ergeben sich die verschiedensten Folgen für die mittelbare Täterschaft.

Eberhard Schmidt läßt den § 3 des JGG. als des gerade für den Jugendlichen geschaffenen Gesetzes der Vorschrift des § 51 StGB. vorgehen [112]). Dies hat zur Folge, daß die Voraussetzungen des § 51 StGB. unberücksichtigt bleiben und daher auch für eine etwaige Annahme mittelbarer Täterschaft ausscheiden. Ob man in diesem Falle mittelbare Täterschaft noch annimmt oder Anstiftung als gegeben ansieht, hängt dann lediglich von der Auslegung, die man dem § 4 JGG. gibt, ab.

Dagegen räumt Mezger dem § 51 StGB. den Vorrang gegenüber § 3 JGG. ein. Er weist darauf hin, daß § 51 StGB. die speziellere Norm ist, die allen in ihrem Bewußtsein getrübten und geisteskranken Menschen zugute kommen soll, einerlei, welchen Alters sie sind. „Der geisteskranke Fünfzehnjährige unterfällt daher dem § 51 StGB. und nicht dem § 3 JGG." [113]). Infolgedessen ist der einen geisteskranken Jugendlichen als sein Werkzeug Benutzende unbedenklich mittelbarer Täter.

Vergleicht man den § 51 StGB. und den § 2 JGG. miteinander, so ist auffallend, daß § 2 JGG. im Gegensatz zu § 51 StGB. nicht der biologisch-psychologischen Methode folgt, sondern nur die „biologische Methode" anwendet. Nach ihr bewirkt ein bestimmter Sachverhalt, nämlich die Nichtvollendung des 14. Lebensjahres, stets die Willensunfreiheit und damit die Unzurechnungsfähigkeit. Das hat Eberhard Schmidt zu der Behauptung veranlaßt, bei Kindern sei § 51 niemals anwendbar, „denn gegenüber Kindern wird eine zur Annahme des § 51 führende Untersuchung über den Geisteszustand durch die starre Zurechnungsunfähigkeitsvermutung des § 2 JGG. von vornherein ausgeschlossen" [114]).

Darauf ist einzuwenden, daß sehr wohl ein Unterschied zu machen ist zwischen der Unzurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 und der sog. „Altersunzurechnungsfähigkeit des strafunmündigen Täters" [115]). Ihre Ursachen sind ganz andere als im Falle des § 51 StGB. Der Grund für den Ausschluß der Schuld im § 2 JGG. ist vorwiegend das Fehlen „geistiger Reife in diesem Alter überhaupt", für § 51 StGB. dagegen die „Willensunfreiheit zur Zeit der Tat". Nicht einzusehen wäre, weshalb man diesen Unterschied unberücksichtigt

[112]) Liszt-Schmidt. Lb. § 48 II Anm. 4.
[113]) Mezger, Lb. 285 Abs. 2.
[114]) Liszt-Schmidt, Lb. § 48 II Anm. 4.
[115]) Der Ausdruck stammt von Frank, Komm. Anm. zu § 4 JGG.

lassen sollte. Daß der Strafrahmen in diesem oder jenem Falle gleich weit gespannt sein mag, kann nicht als sachlicher Grund für die Nichtbeachtung anderer Unterschiede angesehen werden. Ist der Dreizehnjährige, der auf Geheiß eines Erwachsenen dem Nachbarn die Scheiben einwirft, so anormal veranlagt, daß bei ihm die Voraussetzungen des § 51 StGB. vorliegen, so hindert nichts, auf ihn auch den § 51 StGB. anzuwenden.

Sieht man die Behauptung von Eberhard Schmidt als widerlegt an, so bietet sich die Möglichkeit, die oben erwähnten Fälle unter § 51 StGB. zu bringen und bei ihnen unbestritten mittelbare Täterschaft des Veranlassenden anzunehmen. Damit wird die Zahl der Fälle, die unter die §§ 2, 3 und 4 JGG. fallen, auf diejenigen beschränkt, in denen ein zwar wegen Kindes- oder Jugendalters noch unreifer, aber geistig gesunder Mensch von einem Erwachsenen zur Deliktsverwirklichung veranlaßt wird. Ob man in den letzten Fällen den Veranlassenden als mittelbaren Täter oder als Anstifter zur Tat des schuldlos handelnden Jugendlichen ansieht, hängt von der Bedeutung ab, die man dem § 4 JGG. beimißt.

c. Aus § 4 JGG. in Verbindung mit den Schuldausschließungsgründen der §§ 2 und 3 desselben Gesetzes geht unzweifelhaft hervor, daß die Akzessorietät der Teilnahme hier im Vergleich zu der Form, in der sie in den §§ 48 und 49 StGB. auftritt, erheblich gelockert ist. Während Anstiftung und Beihilfe auf Grund des Erfordernisses der „begangenen strafbaren Handlung" in den §§ 48 und 49 StGB. stets eine rechtswidrige und zugleich auch s c h u l d h a f t e Haupttat voraussetzen, wird bezüglich des Jugendgerichtsgesetzes dieses Prinzip durchbrochen. Trotz der sog. „Unzurechnungsfähigkeit infolge zu geringen Alters" des Jugendlichen, die schuldausschließend wirkt, ist auf Grund des § 4 JGG. strafbare Teilnahme an der Tat des Jugendlichen möglich [116]). Das Schrifttum spricht in diesen Fällen von einer sog. „Limitierung der Akzessorietät" der Teilnahme. Durch die Begrenzung der Akzessorietät wird zweifellos das Gebiet der Teilnahme erweitert. Für Fälle fehlender Schuld auf seiten des Unmittelbar-Ausführenden, die bei extrem-akzessorischer Natur der Teilnahme unbedenklich unter mittelbare Täterschaft zu bringen wären, wird jetzt zumeist Anstiftung oder Beihilfe in Betracht kommen.

d. Es fragt sich nun, ob, wenn trotz limitiert-akzessorischer Natur der Teilnahme Anstiftung und Beihilfe verneint werden, eventuell mittelbare Täterschaft angenommen werden könnte. Dies ist in Wissenschaft und Rechtsprechung äußerst bestritten.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 4 JGG. glaubt Gerland schließen zu können, daß die Annahme mittelbarer Täterschaft bei schuld-

[116]) Schwarz, Komm. § 4 JGG. zum StGB.

losem Handeln des Jugendlichen stets ausgeschlossen sei [117]). Selbstverständlich soll dessen Schuldlosigkeit nur auf Grund der §§ 2 oder 3 JGG., also auf sog. Altersunzurechnungsfähigkeit beruhen. Gerlands Ansicht stützt sich vor allem auf die amtliche Begründung zu § 4 JGG. Dort findet sich der Hinweis, daß, ganz gleich, ob der Bestimmende die Unzurechnungsfähigkeit des Täters gekannt hat oder nicht, er als Anstifter zu bestrafen sei. Von einer Kenntnis der Unzurechnungsfähigkeit seitens des Bestimmenden, damit er als Anstifter in Betracht kommen könnte, ist ferner auch dem Wortlaut nach im § 4 JGG. nicht die Rede. Da sich weiter nachweislich das Jugendgerichtsgesetz im wesentlichen an den Entwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1919 anlehnt, liegt es nahe, diesen Entwurf mit zu Rate zu ziehen [117]). Dies kann insoweit Erfolg versprechen, als der Entwurf von 1919 im § 26 die mittelbare Täterschaft regelt. Vielleicht läßt sich aus der dortigen Regelung ein Schluß für die Auslegung des § 4 JGG. ziehen. Aus dem bloßen Wortlaut des § 26 ist jedoch nichts für unsere Streitfrage zu entnehmen. Vergleicht man ihn aber mit § 29 Abs. 1 desselben Entwurfs, in dem die Beihilfe geregelt ist, so fällt in letzterem der Satz auf: „Ob der andere ... zurechnungsfähig ist und ob der Gehilfe dies weiß, ist für die Strafbarkeit des Gehilfen ohne Bedeutung". In der amtlichen Begründung zu § 29 S. 45 wird des Näheren ausgeführt, weshalb man gerade bei Beihilfe kein Gewicht auf die Kenntnis der Unzurechnungsfähigkeit legt. Man geht von dem Gedanken aus, daß derjenige, der einen anderen unterstützt, nicht den Täterwillen zu haben braucht, sondern nur den Teilnehmerwillen. Folglich muß es ihm, da er ja nur unterstützen will, gleich sein, ob der Unterstützte zurechnungsfähig ist oder nicht. Anders dagegen ist es beim mittelbaren Täter. Er ist Täter, nicht Teilnehmer. Daß er die Tat nicht selbst ausführt, ist im Wesen der mittelbaren Täterschaft begründet. Aber er muß die Tat selbst wollen. Und dies kann er nur, wenn er weiß oder sich wenigstens vorstellt, der andere sei nicht Täter. M. a. W. er muß sich bewußt sein, daß der andere unzurechnungsfähig ist und daher nicht Täter sein kann. Wenn auch das Erfordernis der Kenntnis von der Unzurechnungsfähigkeit des Handelnden sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 26 ergibt, so verleitet doch die für Beihilfe getroffene Regelung im § 29 Abs. 1 Satz 2 dazu, dieses Erfordernis für den mittelbaren Täter aufzustellen.

Sieht man sich daraufhin die amtliche Begründung zu § 4 JGG. an, so tritt der Gegensatz zu § 26 Abs. 2 des Strafgesetzentwurfs von 1919 klar zutage. Nach dem Wortlaut der amtlichen Begrün-

---

[117]) Entwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1919, bearb. von Dr. Joel, Ebermayer, Cormann und Bumke; ferner Denkschr. z. Entwurf von 1919, bearb. von denselben Verfassern.

dung zu §§ 4 JGG. kann die Bestrafung des Veranlassenden eintreten auch ohne seine Kenntnis von der Altersunzurechnungsfähigkeit des Handelnden. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß, wenn die Bestrafung erfolgt, sie nicht auf den Grund gestützt werden kann, der Veranlassende sei mittelbarer Täter (denn dazu wäre ja die Kenntnis der Unzurechnungsfähigkeit bei ihm erforderlich), sondern nur auf einen anderen Grund. Diesen soll nach Ansicht von Gerland das Gesetz selbst in der Aufzählung: Anstifter, Gehilfe usw. in § 4 JGG. geben. Wer einen Altersunzurechnungsfähigen im Sinne von § 2 und § 3 JGG. bestimmt oder unterstützt, soll nach Gerland, gleichgültig, ob er die Unzurechnungsfähigkeit kennt oder nicht, immer als Anstifter (nicht auch eventuell als mittelbarer Täter) und Gehilfe bestraft werden [118]).

Mit Gerland stimmen im Ergebnis überein: v. Hippel (Deutsches Strafrecht II, 462 Anm. 6), Mezger (Lb. S. 430, 450), v. Liszt-Schmidt, (Lb. § 48 II Anm. 4, S. 329). Sie stützen, ohne wie Gerland auf den Strafgesetzentwurf von 1919 zurückzugehen, m. E. ihre Ansicht lediglich auf den Wortlaut der amtlichen Begründung zu § 4 JGG. Am deutlichsten zeigt sich dies bei Eberhard Schmidt, der wörtlich ausführt: „Nach § 4 JGG. spielt es keine Rolle, ob der dem Jugendlichen (das Kind) Veranlassende oder ihm Helfende gewußt hat, daß die Voraussetzungen der §§ 2, 3 JGG. vorliegen, oder ob er das nicht gewußt hat. D. h. also: „Mittelbare Täterschaft ist unter keinen Umständen anzunehmen, vielmehr ist der ein Kind zur Verwirklichung eines Straftatbestandes Veranlassende stets Anstifter im technischen Sinne, der dem Kinde Helfende stets Gehilfe gemäß § 49 StGB.“ [119]).

Gegen diese Ansicht lassen sich folgende Bedenken geltend machen.

Es ist zwar nicht abzustreiten, daß der Wortlaut der amtlichen Begründung zu § 4 JGG. es für die Bestrafung des Bestimmenden als gleichgültig ansieht, ob dieser die Altersunzurechnungsfähigkeit des Unmittelbar-Handelnden gekannt hat oder nicht. Aber Zweifel sind darüber möglich, ob das Gesetz wirklich alle Fälle irgendeiner Mitwirkung an der Tat eines wegen § 2 oder § 3 JGG. Unzurechnungsfähigen als Teilnahme bezeichnen will, oder ob es vielmehr die Frage der rechtlichen Konstruktion im § 4 offen gelassen hat. Unter welchem juristischen Gesichtspunkt der Bestimmende zu bestrafen ist, ob als Teilnehmer oder als mittelbarer Täter, ist m. E. im Jugendgerichtsgesetz nicht entschieden worden. Vielmehr greift hier die allgemeine Regelung des Strafgesetzbuchs ein.

---

[118]) vgl. den kurzen Hinweis bei Gerland, Festschrift für Rosenthal (1923) S. 78.

[119]) Liszt-Schm. Lb. Anm. 4 zu § 48 (S. 329).

Die verschiedensten Argumente lassen sich für die hier vertretene Ansicht anführen. Solche, die sich insbesondere gegen die Begründung Gerlands richten und somit gerade durch die Widerlegung der Gegenansicht für die hier vertretene Meinung sprechen, wie auch solche, welche positiv zu ihrer Begründung dienen.

Die Begründung, die Gerland seiner Ansicht gibt, ist mit dem heute geltenden Strafrecht nicht vereinbar. Sie zeigt lediglich, daß § 4 JGG. in seiner jetzigen Fassung in das Rechtssystem, das dem Strafgesetzentwurf von 1919 eigen ist, hineinpassen würde, wenn man dem § 4 JGG. die Auslägung gäbe, die Gerland vertritt. Gerlands Begründung hat mehr Bedeutung für die Rechtsgeschichte als für die Rechtsdogmatik.

Wollte man trotz dieser Bedenken doch Gerlands Ansicht beitreten, so müßte man in letzter Konsequenz dazu kommen, dem § 4 JGG. eine generelle Bedeutung für das geltende Strafrecht einzuräumen. Der Gedankengang, der zu diesem Schluß hinführt, ist folgender: § 4 JGG. nimmt Bezug auf den § 3 JGG., der sich engstens an den § 130 des Reichsstrafgesetzentwurfs von 1919 anlehnt. Dem Inhalt nach stimmt auch § 4 JGG. mit der im Entwurf geregelten Teilnahmelehre überein. Reißt man nun einen einzelnen Gedanken aus einem Rechtssystem heraus und bringt ihn in eine andere Rechtsordnung, mit deren Grundlagen er nicht übereinstimmt, — so verhält es sich mit dem § 4 JGG. — so kann man entscheiden: entweder § 4 JGG. sei gegenstandslos, da er nicht in die von ihm wesensverschiedene Rechtsordnung hineinpasse. Dieser Ansicht scheint Beling zu sein [120]); oder § 4 JGG. habe einen so großen Einfluß, daß er die mit ihm in der Teilnahmelehre nicht übereinstimmende Rechtsordnung umgestalte.

Bejaht man die zweite Alternative, so würde das bedeuten, daß aus dem bestehenden Strafrecht das Dogma von der extrem-akzessorischen Natur der Teilnahme gänzlich verschwinden würde und an seine Stelle die im § 4 JGG. zugrunde gelegte Lehre von dem limitiert-akzessorischen Charakter der Teilnahme treten würde. Durch einen Paragraphen im Jugendgerichtsgesetz wäre dann die ganze strafrechtliche Teilnahmelehre umgestaltet. Dies würde sich auch auf die „mittelbare Täterschaft" auswirken, denn Teilnahme und Täterschaft stehen miteinander in Beziehung, sie schließen sich gegenseitig aus. Der bisher im geltenden Recht unbestritten gebliebene Satz, daß bei Unzurechnungsfähigkeit und damit Schuldlosigkeit der Mittelsperson derjenige mittelbarer Täter ist, der sich ihrer in Kenntnis der Unzurechnungsfähigkeit zur Herbeiführung eines verbrecherischen Erfolges bedient, würde seine Geltung verlieren. Dies aber kann nicht der Zweck des § 4 gewesen sein. Das Jugendgerichtsgesetz wollte

120) Beling, Grundzüge 11. Aufl. S. 61 Ziff. 3.

nicht die Grundlagen des schon bestehenden Rechts umgestalten, sondern nur als Spezialgesetz für den Jugendlichen dessen Angelegenheiten regeln. Dabei sollte zugleich im § 4 JGG. auch die Teilnahme eines Erwachsenen am Delikt des Jugendlichen gesetzlich festgelegt werden, um die Schwierigkeiten, auf die Wissenschaft und Rechtsprechung im Anschluß an § 55 StGB. gestoßen waren, zu beseitigen. Von einer allgemeinen Bedeutung des § 4 JGG. auf das gesamte Strafrecht kann also nicht die Rede sein. Auch Gerland scheut sich, diese Konsequenz zu ziehen [121]).

Somit ist schon durch die Ablehnung der Gegenansicht bewiesen, daß die Neuregelung der Teilnahme im § 4 JGG. nur für das JGG. gilt und daß das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme zueinander im geltenden Recht sich nicht verändert hat. Aus diesen beiden Ergebnissen läßt sich der Schluß ziehen, daß im Jugendgerichtsgesetz für die Frage der mittelbaren Täterschaft Entsprechendes gilt wie im Strafgesetzbuch. Ebensowie nach dem Recht des Strafgesetzbuchs bei Nichtvorliegen von Teilnahme mittelbare Täterschaft in Betracht kommen kann, so steht nichts entgegen, auch bei Anwendung des Jugendgerichtsgesetzes bei Verneinung von Teilnahme die Annahme mittelbarer Täterschaft zuzulassen.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß § 4 JGG. keineswegs die Mitwirkung eines Erwachsenen an der Tat des Strafunmündigen stets als Teilnahme rechtlich charakterisiert, sondern daß § 4 JGG. die Beantwortung der Frage, ob jemand als Teilnehmer oder mittelbarer Täter in Betracht kommt, dem geltenden Strafrecht überläßt.

Diese Ansicht wird von namhaften Schriftstellern [122]) und von der Praxis des Bayrischen Obersten Landesgerichts [123]) vertreten und führt zu den ansprechendsten Ergebnissen.

e. Auf dem Boden dieser Grundauffassung stehen sich im Schrifttum zwei Meinungen gegenüber. Die eine will auf Grund rein subjektiver Erwägungen mittelbare Täterschaft bei Kindern und Jugendlichen begründen. Sie stellt es allein darauf ab, ob der den Strafunmündigen Benutzende den Täter- oder den Teilnehmerdolus habe [124]). Die andere Meinung stützt sich vornehmlich auf die zu § 4 JGG. gegebene „Amtliche Begründung". Dort heißt es ausdrücklich, daß es bei § 4 JGG. für die Annahme von Teilnahme nicht darauf ankommen solle, ob der Anstifter oder Gehilfe das Fehlen der geistigen

---

[121]) vgl. Gerland, Festschr. f. Rosenthal 1923 S. 79/80.

[122]) Frank, Komm. Anm. zu § 4; Hellwig, JGG.-Komm. 1923 § 4 Anm. 2; Kiesow, Komm. zum JGG. 1923 § 4 Ziff. 5; Wegner, Jugendrecht (1929) S. 190 und derselbe in JW. 1928 S. 65.

[123]) BayObLG. Entsch. in Strafsachen 27, 105.

[124]) Kiesow § 4 JGG. N. 5; Hellwig § 4 JGG. Anm. 2.

oder sittlichen Reife des Unmittelbar-Ausführenden gekannt habe oder nicht [125]).

Vom Standpunkt rein subjektiver Erwägungen aus wäre wie folgt zu entscheiden:

1. Fall: Jemand bedient sich eines Strafunmündigen ohne Kenntnis von dessen Strafunmündigkeit.

Das unmittelbar ausführende Kind ist mangels Strafmündigkeit nicht zurechnungsfähig und damit auch nicht schuldfähig. Fehlt die Schuld, so kann man von einer strafbaren Tat nicht sprechen. Nach den §§ 48 und 49 StGB. könnte der Erwachsene wegen der extrem-akzessorischen Natur der Teilnahme nicht als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden. Diesem Zustand aber hilft § 4 JGG. ab. Auch ohne Schuld des Kindes ist hier wegen des limitiert-akzessorischen Charakters der Teilnahme Anstiftung oder Beihilfe rechtlich zulässig. Hatte der Erwachsene den Anstifter- oder den Gehilfenvorsatz, so steht nichts im Wege, ihn wegen Anstiftung oder Beihilfe zu bestrafen.

Ist der Unmittelbar-Handelnde ein Jugendlicher und trifft auf ihn § 3 JGG. zu, so fragt es sich, ob die Strafmilderung des § 9 JGG. auch dem Anstifter oder Gehilfen zugute kommt. Dies ist wegen § 50 StGB. zu verneinen.

2. Fall: Jemand bedient sich mit Täterwillen eines wegen § 2 JGG. Unzurechnungsfähigen in Kenntnis von dessen Unzurechnungsfähigkeit.

Es ist folgendermaßen zu entscheiden:
Wie im Fall 1 ist das Kind unzurechnungsfähig und handelt schuldlos. An sich könnte nach § 4 JGG. der Erwachsene wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Delikt bestraft werden. Dem steht aber entgegen, daß, wie der Sachverhalt angibt, sich der Erwachsene des Strafunmündigen in Kenntnis von dessen Unzurechnungsfähigkeit mit eigenem Täterdolus bedient hat. Der Täterdolus ist gegenüber dem Teilnehmervorsatz rechtlich ein gewisses „Mehr", das nicht unberücksichtigt gelassen werden darf. Deshalb ist der Erwachsene wegen dieses vom Kind verübten Delikts als Täter, d. h. als mittelbarer Täter zu bestrafen. Diese Ansicht wird von der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts geteilt [126]). In der hierfür in Betracht kommenden Entscheidung wird näher ausgeführt, daß „nicht nur dann, wenn der Strafunmündige nicht mit dem notwendigen Vorsatz gehandelt hat, sondern auch dann, wenn seine Handlung nur die un-

[125]) vgl. die Darstellung bei Hellwig a. a. O. S. 273; Buchzik, Die mittelbare Täterschaft ... Breslauer Diss. 1931.

[126]) s. den Hinweis bei Webler-Wegner in Jahrb. d. Jugendrechts 1928 Bd. 1 S. 179; BayObLGSt. 27, 105.

freie Folge des vom Erwachsenen ausgeübten Einflusses gewesen ist", mittelbare Täterschaft anzunehmen ist.

Wer der „Amtlichen Begründung zum Jugendgerichtsgesetz" (§ 4) den Vorzug gibt, wird die Unterscheidung von Teilnahme und mittelbarer Täterschaft bei § 4 JGG. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder Unkenntnis der geistigen und sittlichen Reife des Kindes folgendermaßen vorzunehmen haben:

1. Fall: Ein Erwachsener bestimmt ein Kind, das in seiner geistigen Entwicklung bereits so weit fortgeschritten ist, daß es für sein Tun „wenn auch nicht volles, so doch genügendes Verständnis hat" [127]). In diesem Falle wird gesagt werden können, daß „der Erwachsene in dem Kinde die Selbstbestimmung zur Tat erweckt hat, es also angestiftet hat" [128]).

2. Fall: Ein Erwachsener bestimmt ein Kind, „bei dem ein tiefgreifender Mangel an Unterscheidungs- und Hemmungsvermögen vorliegt, so daß das Kind gar nicht weiß, was es rechtlich bewertet tut" [129]). Hier soll das Kind nicht zu eigner Tat vom Erwachsenen bestimmt worden sein. Es soll lediglich Werkzeug in der Hand des Erwachsenen sein. In diesem Fall sei deshalb der Erwachsene als mittelbarer Täter anzusehen [130]).

Welcher Auffassung der Vorzug zu geben ist, soll hier nicht entschieden werden. Es genügt die Feststellung, daß beide Auffassungen in dem richtigen Ergebnis übereinstimmen, daß der § 4 JGG. Raum für die Annahme mittelbarer Täterschaft läßt [131]).

§ 4 JGG. zählt neben den Teilnehmern an einem Delikt auch den Begünstiger und Hehler auf. Ihre besondere Anführung war erforderlich, weil Begünstigung und Hehlerei keine Formen der Teilnahme sind. Es soll nach dem amtlichen Entwurf zum JGG. § 4 für die Strafbarkeit des Hehlers und des Begünstigers gleichgültig sein, ob sie die Unzurechnungsfähigkeit des Vortäters kennen oder nicht. Dem ist beizustimmen. Mittelbare Täterschaft scheidet hier aus, denn bei schon abgeschlossenen Vortaten kann nicht ein Dritter nachträglich zum Täter werden.

3. Notstand und Nötigungsnotstand.

Zu den Schuldausschließungsgründen gehören ferner der Notstand (§ 54 StGB.) und der sog. Nötigungsnotstand (§ 52 StGB.)

[127]) RGSt. 61, 266.
[128]) Buchzik a. a. O. S. 13.
[129]) Buchzik S. 14.
[130]) Buchzik S. 14 ff.
[131]) Nach der von Gerland vertretenen abweichenden Ansicht wäre in diesen Fällen Anstiftung zum Delikt anzunehmen. Es würde dadurch die Täterschaft zur bloßen Teilnahme herabgesetzt werden. Bei Annahme von Beihilfe hätte es zur Folge, daß auch das Strafmaß gegenüber Täterschaft herabgedrückt würde — ein unbefriedigendes Ergebnis.

Gemäß § 54 StGB. ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist. Notstand im Sinne des Strafgesetzbuchs ist ein Schuldausschließungsgrund. „Wer in höchster Lebensgefahr einen anderen von der rettenden Planke stößt, um selbst nicht zu ertrinken, handelt so, daß an eine Rechtfertigung seines Tuns zwar nicht gedacht werden kann, aber der seelischen Notlage, in der er sich befand, Verständnis entgegengebracht werden muß. Die Tötungshandlung wird ... entschuldigt werden müssen, und zwar dann, wenn in der konkreten Lage von keinem Staatsbürger eine Berücksichtigung der sozialen Gemeinschaftsanforderungen zu erwarten gewesen ist, in ihrer Nichtberücksichtigung also eine sozial feindliche Haltung und Einstellung nicht erblickt werden kann [132])." Die Rechtsordnung trägt in diesem Falle dem menschlichen Selbsterhaltungstrieb Rechnung und knüpft an eine zur Rettung aus unverschuldeter Gefahrenlage begangene rechtswidrige Handlung nicht den Schuldvorwurf pflichtwidrigen Verhaltens [133]).

Diese Auffassung ist auch vereinbar mit der Meinung, daß in den Fällen des sog. „übergesetzlichen strafrechtlichen Notstandes" und des Notstands im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 228 und 904 BGB.) primär anstatt der Schuld die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist. Dies findet darin seinen Grund, daß es sich hier in erster Linie nicht um die Berücksichtigung des Selbsterhaltungstriebs des Einzelnen handelt, sondern um den Gedanken, daß hochwertige Rechtsgüter erhalten bleiben müssen, selbst wenn ihre Erhaltung nur auf Kosten geringwertiger, ebenfalls rechtlich geschützter Güter möglich ist. Der Zweck der Rechtsordnung kann bei einem solchen Widerstreit der Interessen vernünftigerweise nur dahin gehen, das Verbot der Verletzung des geringwertigen Gutes zurücktreten zu lassen, „wenn bei seiner Befolgung der Verlust eines wertvolleren Rechtsguts eintreten würde" [134]). Bei Verletzung des geringwertigeren Rechtsguts ist daher die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Beide Auffassungen schließen einander nicht aus [135]).

---

[132]) v. Liszt-Schm., Lb. A II zu § 34.

[133]) Der gleichen Meinung Frank, Komm. I zu § 54, III zu § 52; derselbe „Aufbau des Schuldbegriffs" S. 12; Oetker in Festg. f. Frank I, 378; J. Goldschmidt, Der Notstand (1913 S. 45 ff.); Mezger, Lb. S. 369 unter Korrektur seiner Ausführungen im GerS. 89, 311 ff.; Wegner, HdR. V, 367; Erik Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre I (1928) S. 158 ff. Auch das RG. hat sich in RGSt. 63, 31; 64, 30 und 66, 397 zu dieser Auffassung bekannt.

[134]) Frank, Komm. Einltg. zu den §§ 52 ff. IV (S. 153).

[135]) „Ist eine Notstandstat sowohl durch § 54 StGB. als auch durch §§ 228, 904 BGB. gedeckt, so ist sie nicht rechtswidrig." So richtig Kohlrausch, StGB. Anm. 1 zu § 54.

Ist § 54 StGB. — wie oben festgestellt wurde — ein Schuldausschließungsgrund, so ergibt sich für die mittelbare Täterschaft folgendes:

Führt A für den B absichtlich eine Notstandslage herbei, aus der sich B nur durch Körperverletzung mit Todeserfolg des C befreien kann, und ist dieser Erfolg von A beabsichtigt, so ist A als mittelbarer Täter zu bestrafen, denn Anstiftung scheidet für A wegen Schuldlosigkeit des B aus. B handelt zwar vorsätzlich, aber nicht schuldhaft [136]). Ebenso ist zu entscheiden, wenn A die schon vorhandene Notstandslage des B zur Verwirklichung seines verbrecherischen Willens in dieser Weise ausnutzt [137]), denn in beiden Fällen hat A einen für ihn rechtswidrigen Erfolg unter Benutzung des schuldlos handelnden B schuldhaft verursacht

Das gleiche gilt für den Nötigungsnotstand gemäß § 52 StGB. Er ist nur ein Unterfall des Notstands gemäß § 54 StGB [138]). Die Motive zu § 50 des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund — dem jetzigen § 52 StGB. — führen die Straflosigkeit des Genötigten auf seine mangelnde Willensfreiheit zurück. Sie sprechen davon, daß „statt der eigenen freien Willensbestimmung dem Täter ein fremder Wille aufgenötigt wird, und der Täter in dessen Folge nur als das nicht verantwortliche Werkzeug des fremden Willens erscheint [139])." Dadurch kommt zum Ausdruck, daß die Straflosigkeit des § 52 StGB. auf den Mangel an Schuld zurückzuführen ist [140]). Mittel der Nötigung sind Drohung und unwiderstehliche Gewalt. Unter letzterer ist im Sinne der vorliegenden Stelle im Anschluß an Frank nur die vis compulsiva zu verstehen. Die vis absoluta scheidet aus, denn bei ihr fehlt es überhaupt an einem Willen, auf den eingewirkt werden könnte [141]). Nötigt A in dieser Weise den B zu einer rechtswidrigen Tat, so scheidet A mangels Schuld des B als Anstifter des B aus. Der Weg ist frei, den Nötiger A dann als mittelbaren Täter zu betrachten [142]).

---

[136]) Dieser Fall bereitet für die Annahme mittelbarer Täterschaft dem keine Schwierigkeiten, der die Unterscheidung von Vorsatz und Schuldvorwurf anerkennt. Vgl. S. 24 dieser Arbeit; Frank, Komm. S. 57.

[137]) A. M. P. Wolf a. a. O. S. 173, jedoch auf Grund rein gefühlsmäßiger Erwägungen.

[138]) Gerland. Lb. S. 117. Ebenso RGSt. 66, 98 und 224.

[139]) Reichstagsdrucks. Nr. 5 der Sitzungsperiode 1870 1. Legislaturperiode.

[140]) So auch RGSt. 61, 241.

[141]) Frank, Komm. I, 1 zu § 52.

[142]) So Mezger, Lb. 366; Liszt-Schm. Lb. II zu § 48 (S. 330) und das RG. in RGSt. 31, 345. Dagegen zu Unrecht: Finger a. a. O. S. 421 u. 428, und Würzburger a. a. O. S. 58, die in der Notlage nur einen bloßen persönlichen Strafausschließungsgrund sehen. Von ihrem Standpunkt aus würde in dem obigen Fall A wegen Anstiftung zur Tat des B zu bestrafen sein.

4. Der bindende rechtswidrige Befehl.

Als Schuldausschließungsgrund ist gegebenenfalls auch die Lage anzusehen, in der sich der Untergebene kraft seiner dienstlichen Gehorsamspflicht dem Vorgesetzten gegenüber befindet. Verstößt das Befohlene gegen die Strafrechtsordnung — ist es rechtswidrig —, dann taucht die Frage auf, ob der Gehorchende oder der Befehlende als Täter in Betracht kommt. Die Frage ist in manchen Fällen schon vom Gesetz entschieden. So bestimmt § 47 MStG.: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich." Der befehlende Vorgesetzte unterfällt der Täterstrafe. Er ist mittelbarer Täter. Der Gehorchende ist nur dessen Werkzeug [143]). Das gleiche gilt gemäß §§ 34, 41 und 85 der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 für den Schiffsmann, der den dienstlichen Befehlen des Kapitäns, der Schiffsoffiziere und der sonstigen Dienstvorgesetzten unweigerlich Folge zu leisten hat. Man spricht in diesen Fällen von sog. „unbedingter Gehorsamspflicht des Untergebenen und vom bindenden Befehl des Vorgesetzten". Der Gehorchende steht hier einem im Sinne des § 52 StGB. Gezwungenen gleich, denn er nimmt die Handlung nicht aus eigenem, freiem Willensentschluß vor, sondern nur, weil er auf Grund der unbedingten Gehorsamspflicht dem Befehl des Vorgesetzten nachzukommen hat [144]). Er wird zumeist ohne Täterschuld handeln. Das Gesetz trägt dem Rechnung und bezeichnet schon von sich aus den Befehlenden als den Täter. Da der Befehlende in der für die mittelbare Täterschaft charakteristischen Weise kausal für den Erfolg wird, ist der Befehlende bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen als mittelbarer Täter anzusprechen [145]).

In den Fällen aber, einer nur b e d i n g t e n Gehorsamspflicht, „wo es im freien Willen des durch den Befehl Betroffenen liegt, diesen auszuführen oder nicht, trifft für den Fall des Verbots der Vor-

---

[143]) Es trifft den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers, wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat oder wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte (§ 47 Satz 2 MStG.).

[144]) Schulze, Die mittelbare Täterschaft. Diss. Köln 1932 S. 12. Vgl. die dort angeführte Literatur.

[145]) Zum gleichen Ergebnis kommen, jedoch mit abweichender Begründung: Gerland, Lb. S. 120; Sauer, Grundriß S. 322; Allfeld, Lb. S. 138. Sie wollen für die auf bindenden Befehl begangene Handlung die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wissen. Die Handlung des Gehorchenden soll nach außen hin rechtmäßig erscheinen. — Dagegen mit Recht Weber a. a. O. S. 33: „Es ist unerklärlich, wie eine vom Strafrecht als rechtswidrig bezeichnete Handlung sich durch den bindenden Befehl eines Vorgesetzten in eine rechtmäßige verwandeln kann. Jeder Vorgesetzte könnte dadurch die Rechtsordnung nach seinem Willen gestalten." Desgleichen Mezger, Lb. S. 227.

nahme der Handlung die Verantwortung den Handelnden selbst [146]). Er wird zum unmittelbaren Täter, der den Befehl Erteilende zum Anstifter [147]). Es bleibt jedoch auch in diesen Fällen noch Raum für die mittelbare Täterschaft. Nur richtet sich die Frage, ob Anstiftung oder mittelbare Täterschaft des Vorgesetzten anzunehmen ist, nach den allgemeinen Regeln.

5. Der Irrtum der Mittelsperson.

a. Die Bedeutung des Irrtums ist für das Gebiet der mittelbaren Täterschaft bestritten. Der Irrtum kann entweder bei dem die Ausführungshandlung Vornehmenden oder bei dem Veranlasser vorliegen. Beide Fälle sind streng voneinander zu scheiden. Es soll hier lediglich von dem Irrtum des Handelnden die Rede sein, und bei diesem auch nur von einem solchen Irrtum, der sich auf gesetzliche Tatumstände bezieht.

Kannte der Handelnde bei Begehung einer Straftat irrtümlich das Vorhandensein von Tatumständen nicht, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, so sind ihm gemäß § 59 StGB. diese Umstände nicht zuzurechnen. Es fragt sich, ob ein solcher Irrtum lediglich ein persönlicher Strafausschließungsgrund oder ob er ein Schuldausschließungsgrund ist. Ersteres ist im Hinblick auf die dem § 59 StGB gegebene Abschnittsüberschrift: „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern" von Herzog vertreten worden [148]). Jedoch zu Unrecht, denn § 59 StGB. schließt m. E. den Vorsatz bezw. die Fahrlässigkeit und somit die Schuld aus. Den richtigen Standpunkt in dieser Frage gewinnt man aus den Motiven zu § 57 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund — des jetzigen § 59 StGB. Es heißt dort: „Der strafrechtliche Grundsatz, daß eine Handlung dem Täter nur insoweit zur Schuld und Strafe anzurechnen sei, als der Wille und die Handlung einander entsprechen, findet im § 57 (des Entwurfs) seine Anerkennung". Sind Wille und Handlung verschieden, stellt sich die Handlung nicht als Verwirklichung des Willens in vollem Umfang dar, so fehlt der Vorsatz — das Wissen und Wollen sämtlicher Tatumstände — und somit auch die Schuld [149]). Bei fehlender Schuld des Handelnden ist

---

[146]) u. [147]) Schulze a. a. O. S. 12; Winter a. a. O. S. 21.

[148]) Herzog, GerS. 24, 454.

[149]) Lobe, LeipzKomm. Anm. 2 zu § 59; das RG. in RGSt. 18, 419 unter ausdrücklicher Ablehnung des in RG. Rspr. 2, 151 vertretenen Standpunktes, daß ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliege; desgl. RGSt. 57, 15; Huismans a. a. O. S. 25; Clementz, Mittelbare Täterschaft, Greifswalder Diss. 1912, S. 38; Weber a. a. O. S. 31; Winter a. a. O. S. 25; Liszt-Schm., Lb. § 40; Frank, Komm. I u. VII zu § 59; Kohlrausch, Komm. zu § 59 StGB.

für die Anwendung des § 48 StGB. kein Raum [150]). Der den Irrenden zur Tatbegehung Veranlassende ist mittelbarer Täter [151]).

b. In gleicher Weise wird durch den § 59 Abs. 2 StGB. die Fahrlässigkeit beseitigt, vorausgesetzt, daß der Irrtum selbst nicht durch Fahrlässigkeit verursacht ist. Trifft dies zu, ist also der Irrtum verzeihlich, so wirkt er schuldbefreiend. Fahrlässiges Handeln liegt dann nicht vor [152]). Es leuchtet ein, daß in diesem Falle mittelbare Täterschaft möglich ist.

Insoweit bietet der § 59 Abs. 2 keine besonderen Schwierigkeiten. Sie treten erst auf, wenn der Irrtum unverzeihlich ist, er selbst also durch Fahrlässigkeit verursacht ist. In diesem Falle wird die Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen. Da mittelbare Täterschaft Verursachung der Tatbestandsverwirklichung minus Teilnahme ist, wird für das Gebiet der mittelbaren Täterschaft die Frage bedeutsam, ob Teilnahme an fahrlässig begangenen Delikten überhaupt rechtlich möglich ist oder nicht. Je nachdem wie die Entscheidung dieser Vorfrage ausfällt, wird die mittelbare Täterschaft grundsätzlich zu verneinen oder zu bejahen sein. Die Teilnahme an Fahrlässigkeitsdelikten wird im Schrifttum von Binding, v. Birkmeyer, Max Ernst Mayer, Olshausen, Beling und Herzog bejaht [153]). Verneint dagegen mit Recht von der herrschenden Lehre [154]) und vom Reichsgericht [155]).

Die Meinung, welche die Möglichkeit der Anstiftung zu fahrlässigen Delikten bejaht, sucht sich auf den Wortlaut des § 48 StGB. zu stützen. So beruft sich z. B. Max Ernst Mayer darauf, daß im § 48 StGB. unter den Anstiftungsmitteln ausdrücklich die Hervorrufung eines Irrtums genannt ist. Daraus soll hervorgehen, daß Anstiftung eines Irrenden, also eines Fahrlässig-Handelnden zulässig sei.

Dieser Auffassung ist nicht beizupflichten. Mit Recht weist das Reichsgericht darauf hin, daß „der Irrtum hier nur insofern Anstiftungsmittel sei, wenn der Angestiftete trotz des Irrtums die Tat mit dem Tatbestandsdolus verübt habe, wenn z. B. der Irrtum betreffs des Beweggrundes erregt wurde [156]). Die reichsgerichtliche Auffassung findet ihre Stütze — da der Wortlaut des § 48 StGB. nicht eindeutig

---

[150]) a. M. diejenigen, die in § 59 StGB. nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund sehen.

[151]) so RG. in RGSt. 1, 146; 18, 423 und die in der Wissenschaft vorherrschende Meinung, vgl. dazu Huismans a. a. O. S. 25.

[152]) RGSt. 21, 189; RGRspr. 9, 607; 10, 102.

[153]) Binding, Grundriß S. 171; v. Birkmeyer, Teilnahme S. 114 Anm. 255; Olshausen, Komm. § 48 Anm. 18; Beling, ZStW. 18, 272 ff. und Herzog, GerS. 28, 322 ff.

[154]) Liszt-Schm., Lb. § 50; v. Hippel, Strafrecht II, 473; Allfeld, Lb. S. 217, 221 u. 225; Frank, Komm. 3. Abschn. Einltg. IV, 2, und die dort Zitierten.

[155]) RGSt. 22, 427; 23, 175; 30, 292; 44, 432; 49, 68; 51, 39; 53, 27 und 60, 1.

[156]) RGSt. 23, 175.

ist — in dessen Entstehungsgeschichte. Der § 48 StGB. geht nämlich — wie die Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund hervorheben [157]) — auf das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 zurück. Vorbilder der §§ 48 und 49 StGB. sind die §§ 34 und 35 des PreußStGB. In dem Kommissionsbericht I [158]) zu § 34 PrStGB. wird ausdrücklich gesagt, daß „der Begriff des Teilnehmers einen mit dem bei dem Verbrechen erforderlichen Vorsatze handelnden Täter voraussetze". Daß der Angestiftete (Täter) vorsätzlich handeln müsse, wird hier besonders hervorgehoben [159]). Hätte der Gesetzgeber des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 eine abweichende Auffassung vertreten wollen, dann hätte er dies in den Motiven zum StGB. für den Norddeutschen Bund hervorgehoben [160]). „Die kritisch bessernde Hand, die der Gesetzgeber an den § 35 StGB. legte, betraf nur die wörtliche Fassung. Hätte eine Abweichung auch über den Sinn und die innere Bedeutung des § 35 PrStGB., den ihm zugrunde liegenden Gedanken bestanden, so wäre sie in den Motiven gewiß zum Ausdruck gekommen, umso mehr, als schon die rein textliche Abweichung des § 48 StGB. von den §§ 34, 35 PrStGB. daselbst Begründung gefunden hatte. Nichts dergleichen ist aber in den Motiven enthalten" [161]). Mit Recht ist daher Teilnahme an Fahrlässigkeitsdelikten zu verneinen. Wer sich vorsätzlich an einer fahrlässig begangenen Handlung beteiligt, kommt nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und nach überwiegender Meinung in der Wissenschaft als vorsätzlicher mittelbarer Täter in Betracht [162]). Gibt ein Kaufmann einer Köchin in der Absicht, ihren Dienstherrn an der Gesundheit zu schädigen, statt Gewürz Gift und reicht sie fahrlässig ihrem Dienstherrn das Gift in der Speise dar, so daß der vom Kaufmann beabsichtigte Erfolg eintritt, so ist der Kaufmann wegen vorsätzlichen Giftbeibringens gemäß § 229 StGB., begangen in mittelbarer Täterschaft zu bestrafen. Daß die Köchin selbst wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 230 StGB. verantwortlich ist, hindert die Täterschaft des Kaufmanns nicht, denn dieser hat durch Hervorrufen eines Irrtums in der Köchin den verbotenen Erfolg schuldhaft verursacht [163]).

[157]) Mot. Nordd. Bund 27, 28, 53—55.

[158]) Bericht der Komm. für Rechtspflege über die Beratung des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten (Drucks. d. 1. Kammer Nr. 771 und 221). Berlin 1851.

[159]) In Übereinstimmung damit verneint die preußische Praxis stets Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt. Vgl. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten (1867) Ziff. 3 zu § 34.

[160]) Huismans a. a. O. S. 29.

[161]) Hübner, Das dolose Werkzeug S. 57; vgl. auch S. 49 und 64.

[162]) RGSt. 10, 8; 16, 277 . . ; 44, 429 (432); 49, 68; 51, 39; 53, 27. Ebenso v. Liszt-Schm., Lb. § 50 I Anm. 2; Frank, Komm., Vorbem. zum 3. Abschn. IV 2 und § 48 II 2; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht S. 49 Note 5.

[163]) vgl. Allfeld, Lb. S. 214 Anm. 5; Schulze a. a. O. S. 13; Huismans a. a. O. S. 29 und die dort unter Ziff. 107 Aufgeführten.

IV. Mittelbare Täterschaft durch doloses Werkzeug (Werkzeug ohne Täterschuld).

A. Das absichtslose dolose Werkzeug.

Es gibt Fälle, in denen sich jemand eines anderen derart bedient, daß der andere den Deliktserfolg vorsätzlich und bis zu einem gewissen Grade sogar auch schuldhaft — jedoch ohne dabei selbst zum Täter zu werden — verwirklicht. In solchen Fällen spricht man in Wissenschaft und Rechtsprechung von einem Handeln durch ein sog. „doloses Werkzeug".

Der Begriff des dolosen Werkzeugs ist schon alt. Er wird bereits verwendet in einer am 17. Oktober 1872 gefällten Entscheidung des Preußischen Obertribunals, in der es heißt: „Die Täterschaft durch Benutzung eines anderen als Werkzeug wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß auch der letztere dolose handelt" [164]). Dieser Gedanke hat in der Folgezeit immer mehr Anerkennung gefunden. Das Reichsgericht hält an ihm in ständiger Rechtsprechung fest [165]). In der Wissenschaft ist er heute größtenteils anerkannt, und zwar nicht bloß von den „Subjektivisten in der Teilnahmelehre", sondern auch von denen, die die objektive Teilnahmetheorie vertreten [166]).

Jedoch hat der Begriff des dolosen Werkzeugs im Schrifttum auch manchen Widerspruch erfahren. Unter den dagegen geäußerten Bedenken ist am wesentlichsten der Einwand, daß durch die Handlung des dolosen Werkzeugs eine Bedingung in den Kausalverlauf derart eingeschoben werde, daß ein Zurückgreifen auf den Hintermann als Täter nunmehr ausgeschlossen erscheine. Eine ausführliche Begründung dieser Auffassung hat Hübner zu geben versucht. Er knüpft dazu an den § 48 StGB. an [167]). Nach ihm soll der § 48 StGB. nicht bloß als Einzelbestimmung dahin aufzufassen sein, daß er aus dem Kreise der Urheber nur den Anstifter aussondere und nur dessen Täterschaft verhindere. Vielmehr soll er auf Grund seiner Entstehungsgeschichte noch eine andere viel weitergehende, umfassendere Bedeutung haben. Er soll ein für das Strafrecht allgemein geltendes Prinzip enthalten, nämlich den allgemeinen Grundsatz von der „Nichtbeachtlichkeit des Kausalzusammenhangs" zum Ausdruck brin-

---

[164]) vgl. Oppenhoff, Rechtspr. 13, 534.

[165]) RGSt. 1, 146; 3. 95; 28, 109; 40, 390; 44, 69; 52, 153; 53, 12; 55, 283; 57, 274; 62, 390; 63, 313.

[166]) vgl. die ausführliche Aufzählung der 38 Anhänger des dolosen Werkzeugs bei P. Wolf a. a. O. S. 59 Anm. 22. Seitdem ist ihre Zahl noch größer geworden. Es sind noch Drost, ZStW. 51, 365, Finger, Lb. 336, 348, Hegler, RG-Festschr. V, 310 Anm. 20, v. Hippel, Strafrecht II, 471 Anm. 1 und Huismans a. a. O. 31 hinzuzurechnen. Vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie aus erkennt Eberhard-Schmidt in Liszt-Schm., Lb. § 48 II und insbesond. Frank. Festg. II, 125 ff. das dolose Werkzeug an.

[167]) Hübner a. a. O. S. 39 f., S. 58 ff., 61 und 67.

gen. Dem Strafgesetzbuch soll die Auffassung zugrunde liegen, daß von zwei in derselben Kausalkette hintereinanderstehenden Willensfreien der vom Erfolg entferntere niemals als Täter angesehen werden dürfe. Wenn A sich also des willensfreien B zur Ausführung eines Delikts bedient, so soll A wegen des aus § 48 StGB. hergeleiteten allgemeinen Prinzips niemals als Täter in Betracht kommen können. Das von A gesetzte, bis zum Eingreifen des B reichende Kausalstück soll dem Strafgesetz stets unbeachtlich erscheinen und ungeeignet sein, die Täterschaft des A zu begründen. Auf S. 67 stellt Hübner folgende These auf, deren allgemeine Geltung für das Strafrecht er behauptet. Sie lautet: „Ist ein Erster für einen Verbrechenserfolg ausschließlich in der Weise ursächlich, daß er einen willensfreien vorsätzlichen Zweiten zur Ausführung eben des Verbrechens durch psychische Einwirkung bestimmt, so wird die Kausalität des Ersten für den Erfolg vom Gesetz zur Begründung der Täterschaft als ungeeignet betrachtet, so ist der Erste nicht Täter des Verbrechens."

Veranlaßt der A den willensfreien B, eine fremde, einem Dritten gehörende Sache wegzunehmen und sie ihm, dem A, zu übergeben, und tut dies auch der B, jedoch ohne die Absicht der rechtswidrigen Zueignung zu haben, während diese bei A vorliegt, so soll nach Auffassung Hübners der A wegen einfachen Diebstahls, begangen in mittelbarer Täterschaft nicht bestraft werden können, denn A verfüge nicht über eine strafrechtlich beachtliche Täterkausalität. Der unmittelbar ausführende B soll ebenfalls als Täter des Diebstahls nicht in Betracht kommen, denn er entbehre der typischen Deliktsabsicht. Von mittelbarer Täterschaft des A durch B als doloses Werkzeug soll also hier keine Rede sein können [168]). Hübner gelangt so zu dem Ergebnis, daß „ein doloses Werkzeug im geltenden Strafrecht unmöglich sei" [169]).

Hübners Auffassung ist abwegig. Ein solcher allgemeiner Rechtsgedanke, daß eine durch ein willensfreies Subjekt vermittelte Kausalität nicht geeignet sei, für den zum Erfolg entfernter Stehenden Täterschaft zu begründen, läßt sich aus § 48 StGB. nicht herleiten. Hübners Beweisführung vermag nicht zu überzeugen. „Der § 48 StGB. verbietet nicht die Annahme eines Kausalzusammenhangs zwischen der Tätigkeit des Anstifters und der vom (unmittelbaren) Täter vorsätzlich begangenen Straftat, sondern nötigt lediglich dazu, die

---

[168]) Um die unerwünschte Straflosigkeit des A und des B zu vermeiden, will Hübner den A wegen Unterschlagung, den B wegen Beihilfe dazu bestrafen. Er geht dabei von der Vorstellung aus, daß sich A im Augenblick der Übergabe der Sache durch B diese zugeeignet habe. Vgl. Frank, Komm. 3. Abschn. Teilnahme III 2.

[169]) Hübner a. a. O. S. 78 f.; desgl. für die echten Absichtsdelikte auch Beling, ZStW. 28, 589 ff.; Anklänge auch bei Frank infolge seiner Theorie vom Regreßverbot, s. dessen Kommentar 2. Abschn. Einltg. III, § 1 einltde. Bestimmungen III, 2 a.

„vorsätzliche Bestimmung" eines mit dem erforderlichen Dolus handelnden Dritten als „Anstiftung" zu bestrafen" [170]). Mehr ist dem § 48 nicht zu entnehmen [171]) Hübners Auffassung entbehrt der gesetzlichen Grundlage und kann daher nicht zur Ablehnung des dolosen Werkzeugs herangezogen werden. Ein Regreßverbot, welches verbietet, den A als mittelbaren Täter des Diebstahls zu bestrafen, besteht nicht. Vielmehr reiht sich B als dienendes Glied in die von A ausgehende und zum Erfolg hinstrebende Kausalreihe ein und stellt auf diese Weise gerade den Kontakt zwischen A und dem Deliktserfolg her. Bindings Hinweis, daß die Benutzung des Werkzeugs nicht unterbrechend wirke, sondern vielmehr die Brücke schlage vom Verursacher zum Erfolge, ist somit berechtigt [172]).

Für den, der die reichsgerichtliche Bedingungstheorie vertritt, ist seit RGSt. 61, 318 diese Frage geklärt, da dort mit Recht die Lehre von der „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch eine vorsätzliche Handlung eines Dritten" geleugnet wird. Da der B mangels der erforderlichen Zueignungsakte als Täter ausfällt, also auch für A Anstiftung ausscheidet, kommt A als mittelbarer Täter des Diebstahls gemäß § 242 StGB. in Betracht.

Die Anwendung der mittelbaren Täterschaft bereitet keine Schwierigkeiten, wenn man Gesetzesbegriffe wie Vorsatz und Absicht voneinander abzugrenzen weiß. Vom Vorsatz unterscheidet sich die Absicht dadurch, daß bei ihr die Erfolgsvorstellung geradezu der Beweggrund zum Handeln ist [173]). „Absicht liegt vor, wenn der Täter um der durch die Handlung zu bewirkenden Veränderung der Außenwelt willen die Handlung vornimmt, wenn jede Veränderung das Ziel, ihre Herbeiführung den Zweck des Handelns bildet, wenn der rechtliche Erfolg in dieser seiner Sozialschädlichkeit bezweckt, begehrt und erstrebt war" [174]). Fehlt die Absicht, dieses Plus des Vorsatzes, so fehlt die zur Begehung des Absichtsdelikts notwendige Täterschuld [175]). B scheidet in dem obigen Fall als Täter des Diebstahls aus. Damit entfällt auch Anstiftung des A zu diesem Delikt. A ist mittelbarer Täter des einfachen Diebstahls, B ist sein doloses Werkzeug.

Wer dagegen die Lehre von den sog. „subjektiven Unrechtselementen" vertritt, rechnet die Absicht zum objektiven Tatbestand. „Interesseverletzend" ist nach Hegler zwar stets ein äußeres Verhalten, aber manchmal nur ein solches, das in einer bestimmten Absicht ge-

---

170) Petri, Abhdl. Heft 125 S. 56; Weber S. 15.
171) Huismans S. 32 und das dort angeführte Schrifttum.
172) Binding, Strafrecht und strafproz. Abhdl. I (1915) S. 262.
173) Schild a. a. O. S. 18.
174) v. Liszt-Schm. Lb. § 39 II 3 a.
175) Die Absicht rechnet zum subjektiven Tatbestand, zur Schuld, insbes. Beling, Lehre vom Tatbestand 1930 S. 10—14; derselbe Grundriß 29; Goldschmidt, Frank-Festg. Bd. I S. 458—463.

schieht. Diese Absicht soll der äußeren Handlung die spezifische Rechtswidrigkeit geben, sie soll ein „subjektives Unrechtselement" sein [176]). Fehlt bei den echten Absichtsdelikten diese Absicht, so ist die äußere Handlung nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig, der Vordermann B also niemals Täter des Absichtsdelikts, z. B. des Diebstahls [177]). Für den Hintermann A, bei dem die Diebstahlsabsicht vorliegt, ist die durch B als Werkzeug bewirkte Wegnahme der fremden Sache tatbestandsmäßig-rechtswidrig. Bei Vorliegen der Täterschuld auf seiner Seite hindert nichts, ihn (den A) als mittelbaren Täter des Diebstahls zu bestrafen. Man kommt somit zu demselben Ergebnis wie oben.

Das Gesagte gilt nur für die sog. e c h t e n Absichtsdelikte, d. h. für solche Delikte, bei denen die vorhandene Absicht strafbegründend wirkt [178]). Im Gegensatz dazu stehen die sog. u n e c h t e n Absichtsdelikte. Es handelt sich bei ihnen um Delikte, bei denen die betreffende Absicht lediglich straferhöhend wirkt. Beispiele dafür sind die §§ 268, 272, 349 StGB. Die Annahme mittelbarer Täterschaft durch doloses Werkzeug stößt hier auf Schwierigkeiten ganz besonderer Art. Während nämlich die straferhöhende, auf Begehung des qualifizierten Delikts gerichtete Absicht beim Vordermann fehlt, liegt bei ihm (dem Vordermann) jedoch der für das einfache Delikt derselben Klasse genügende Dolus vor. Es taucht daher die Frage auf, ob der mit der qualifizierenden Absicht verursachende Hintermann als mittelbarer Täter des qualifizierten Delikts und der Unmittelbar-Handelnde als dessen doloses Werkzeug anzusprechen ist, oder ob vielmehr der letztere der Täter des einfachen Delikts und der Hintermann nur Anstifter hierzu ist [179]). Das Reichsgericht hat in RGSt. 3, 95 ff. die Frage zugunsten der Annahme mittelbarer Täterschaft durch doloses Werkzeug entschieden. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte H. St. hatte die Lohnlisten für die bei einem Eisenbahnbau beschäftigten Arbeiter aufzustellen. In diese Listen hatte H. St. Namen von Arbeitern aufgenommen, die überhaupt nicht oder nicht zu der betreffenden Zeit beschäftigt waren. Zur Hebung der für die falsch aufgeführten Beträge angewiesenen Gelder hatte er andere Arbeiter vorgeschickt, welche mit den Namen der fälschlich aufgeführten Arbeiter quittierten, die Beträge in Empfang nahmen und gegen eine kleine Vergütung an den Angeklagten ablieferten. So tat es auch der Arbeiter S. Er

[176]) Hegler, ZStW. 36, 31 ff.; Liszt-Schm., Lb. § 32 A II c.

[177]) Mit der Rechtswidrigkeit fehlt zugleich auch die Schuld. Insoweit sind die subjektiven Unrechtselemente auch Schuldelemente; vgl. Mezger, Lb. 171, wo ein zusammenfassender Überblick über die subjektiven Unrechtselemente und ihre bisherige Literatur gegeben wird.

[178]) Dazu gehören die §§ 87, 124, 146, 229, 234, 236, 237, 242, 249, 252, 253, 257, 263, 267, 289, 301, 333 StGB.

[179]) vgl. Schild a. a. O. S. 20.

war sich dabei der Rechtswidrigkeit seiner Handlung bewußt, hatte aber nicht die Absicht, dem Angeklagten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Angeklagte dagegen, der sich des S bediente, hatte diese Bereicherungsabsicht [180]).

In diesem Sachverhalt sieht das Reichsgericht die Merkmale der schweren Urkundenfälschung in der Person des Angeklagten für gegeben an. Es will den Angeklagten wegen schwerer Urkundenfälschung, begangen in mittelbarer Täterschaft unter Benutzung des S als dolosem Werkzeug bestraft wissen. Das Reichsgericht hat sich somit dahin ausgesprochen, daß der Umstand, daß der Arbeiter S die Absicht der einfachen Urkundenfälschung nach § 267 StGB. hatte und auch verwirklichte, nicht hindert, den Angeklagten H. St., der die qualifizierende Bereicherungsabsicht hatte, als mittelbaren Täter gemäß § 268 StGB. anzusehen.

Die Auffassung des Reichsgerichts kann nicht geteilt werden. Der Arbeiter S hat den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 267 StGB. in seiner Person vollends erfüllt. Er hat eine Privaturkunde, die zum Beweise von Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, fälschlich angefertigt und von derselben zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht. Er hat auch mit dem im § 267 StGB. erforderlichen Verschulden gehandelt. Er war sich bewußt, daß er durch die Unterschrift den falschen Schein erwecke, als rühre die urkundliche Erklärung von dem her, mit dessen Namen er sie zeichnete. Sein Wille ging darauf, den Empfänger der Urkunde über die Personenidentität zu täuschen, indem er ihm vorspiegelte, er sei derjenige, der unter diesem Namen in den Lohnlisten geführt werde. Er tat dies alles in der rechtswidrigen Absicht gemäß § 267 StGB., denn sein Ziel ging dahin, den Urkundenempfänger, der die Lohnzahlungen vornahm, durch die Täuschung zu einem Verhalten zu bestimmen, auf das er keinen Anspruch hatte. S ist daher zum unmittelbaren Täter gemäß § 267 StGB. geworden [181]).

Er hat durch sein Verhalten mit Täterschuld gegen das in § 267 StGB. geschützte Rechtsgut: die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs [182]) verstoßen.

Auf den Schutz desselben Rechtsguts bezieht sich aber auch der § 268 StGB [183]). Wegen der Identität des Rechtsguts ist es nicht angängig, die schon unter die Form der u n m i t t e l b a r e n Täter-

---

[180]) Der Sachverhalt ist hier etwas verkürzt wiedergegeben. Vgl. seine ausführliche Darstellung bei Schild a. a. O. S. 21 ff.

[181]) Dies wird auch von P. Wolf, der die reichsgerichtliche Auffassung zu stützen sucht, zugegeben, s. a. a. O. S. 61.

[182]) Frank, Komm. § 267 StGB.

[183]) Der § 268 StGB. unterscheidet sich vom § 267 StGB. nur darin, daß zu der in beiden Paragraphen gleichlautenden Absicht im § 268 StGB. noch das Motiv, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, hinzutreten muß.

schaft fallende Rechtsgutsverletzung (§ 267 StGB.) nochmals unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren täterschaftlichen Verletzung desselben Rechtsguts zu bewerten. Die unmittelbare Täterschaft des S schließt m. E. aus, den hinter ihm in derselben Kausalreihe stehenden H. St. als mittelbaren Täter derselben „Verletzung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs" zu betrachten [184]). H. St. kann nur als Anstifter zur Tat des S in Betracht kommen. Die Anstifterstrafe ist dem § 267 StGB. zu entnehmen, denn „die Absicht" des H. St., „sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen", ist nicht eine straferhöhend wirkende „persönliche Eigenschaft" im Sinne des § 50 StGB. [185]). Findet § 50 StGB. keine Anwendung, so gilt für die Teilnahme der Grundsatz der Akzessorietät auch insoweit, daß die Anstifterstrafe aus dem § 267 StGB. — aber nicht aus § 268 StGB. — zu bilden ist. Der gefährlichere Wille des H.St. kann jedoch bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden [186]).

B. Das qualifikationslose dolose Werkzeug.

Dort, wo die Qualifikation lediglich strafändernd wirkt — wie in den Fällen der §§ 215 und 217 StGB. und bei einigen uneigentlichen Amtsdelikten — gilt bezüglich der Möglichkeit mittelbarer Deliktsbegehung durch doloses Werkzeug dasselbe wie bei den gleichliegenden Fällen der unechten Absichtsdelikte. Bestimmt der Sohn einen Fremden, seinen (des Sohnes) Vater zu töten, und tut dies der Fremde vorsätzlich, so scheidet für den Sohn mittelbare Täterschaft aus. Der Fremde ist unmittelbarer Täter und gemäß § 212 StGB. wegen Totschlags zu bestrafen. Er ist keinesfalls doloses Werkzeug des Sohnes zur Aszendententötung. Der Sohn ist als Anstifter anzusehen. Die Anstifterstrafe ist auf Grund des § 50 StGB. dem § 215 StGB. zu entnehmen. Mittelbare Täterschaft des Sohnes durch den Fremden als dolosem Werkzeug ist jedenfalls zu verneinen. „Ist im Gesetz ein materieller Rechtssatz vorhanden, der inhaltlich der gleiche ist wie der des qualifizierten Delikts, nur mit der Maßgabe der fehlenden Qualifikation, so steht dieser Satz der Annahme eines dolosen Werkzeugs entgegen, denn hier kann dem Unmittelbar-Handelnden

---

[184]) Übereinstimmend Beling, ZStW. 28, 589 ff., 592 und Schild 22.

[185]) so mit Recht d. h. L. Vgl. Frank II zu § 50 StGB.

[186]) Schild a. a. O. 22 und Flegenheimer 81, die bei den unechten Absichtsdelikten — wie hier — mittelbare Täterschaft verneinen und dafür Anstiftung des Hintermanns annehmen. Flegenheimer rechnet jedoch zu Unrecht unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des § 50 StGB. auch in den Fällen, wo die Absicht lediglich Qualifikationsmoment ist, diese unter die „persönlichen Eigenschaften" im Sinne des § 50 StGB. Er gelangt so abweichend von der hier vertretenen Meinung dazu, die schwerere Strafdrohung des § 268 StGB. auf den Anstifter anzuwenden.

die Tat schon als Täter zugerechnet werden; der Hintermann ist nicht mittelbarer Täter, sondern Anstifter“ [187]).

Von diesen Delikten sind die sog. Sonderdelikte, zu denen insbesondere die echten Amtsdelikte gehören, streng zu scheiden. Es sind dies Delikte, die zur Begehung in Täterschaft eine besondere Qualifikation voraussetzen. Die Qualifikation ist bei ihnen strafbegründend [188]). Nur wer sie besitzt, kann Täter eines Sonderdelikts sein.

Es fragt sich, ob der die Qualifikation besitzende Hintermann auch mittelbarer Täter des Sonderdelikts sein kann und ob im Falle fehlender Qualifikation beim Vordermann dieser als „doloses“ Werkzeug angesprochen werden darf. Folgendes Beispiel soll zur Klärung des Problems dienen:

Der Beamte B, zu dessen Amtsbereich es gehört, Auslandsreisepässe auszustellen, veranlaßt den Nichtbeamten N, dem Antragsteller X mitzuteilen, daß X auf beschleunigte Ausstellung eines Reisepasses nur rechnen könne, wenn er sich ihm (dem B) „erkenntlich“ zeige. B hatte auf diese Weise sich finanziell Vorteile verschaffen wollen.

In Frage kommt ein Verstoß gegen § 331 StGB., der zweifellos als echtes Amtsdelikt zu den Sonderdelikten gehört. Der Nichtbeamte N kann als unmittelbarer Täter dieses Delikts nicht betrachtet werden, denn ihm mangelt die Täterqualifikation. Wegen Fehlens der Haupttat des N entfällt für B die Möglichkeit der Anstiftung hierzu. Ist B mittelbarer Täter? Der für die Annahme mittelbarer Täterschaft charakteristische Kausalverlauf liegt vor. B hat durch den N den X zur Geldspende aufgefordert. N ist sein Werkzeug gewesen, denn B richtete nicht in eigener Person die auffordernde Worte an X, sondern ließ sie durch den in den Plan eingeweihten N sprechen. Daß also N ein nichtqualifiziertes Werkzeug in der Hand des B war, steht somit fest [189]). Bei B liegen weiter die Voraussetzungen des § 331 StGB. vor [190]). Er besitzt die Beamteneigenschaft

---

[187]) Schild a. a. O. S. 23; P. Wolf S. 216. — A. M. das RG. in RGSt. 28, 109, jedoch unter ungesetzlicher Überbetonung des Willensmomentes des Hintermanns als Folge einer Überspitzung der subjektiven Theorie in der Teilnahmelehre.

[188]) Eine ausführliche Aufzählung der Sonderdelikte bei Nagler, Teilnahme S. 27 ff.

[189]) Dies ist von Frank, Komm. Einltg. 3. Abschn. III (S. 108) bezweifelt worden. Er sagt: „Ein Beamter, der die eine Privatbestechung in sich schließende Forderung durch einen eingeweihten Privatmann überbringen läßt, „fordert“ selbst.“ — „Selbst?“, so fragt P. Wolf a. a. O. S. 76 mit Recht und antwortet dann treffend: „Nein, sondern durch ein Werkzeug; aber er fordert“ eben und deshalb können wir ihn als mittelbaren Täter fassen.“

[190]) Zu den sog. „eigenhändigen“ Delikten, die die Möglichkeit einer mittelbaren Begehung ausschließen, gehört § 331 StGB. nicht, denn nicht alle „Tätigkeitsdelikte“ müssen eigenhändig begangen werden. Es gibt auch Tätigkeitsdelikte, die eine fremdhändige Begehung zulassen. Dies ist schon von Höpfner, ZStW. 22, 214 richtig erkannt worden. Diese Auffassung wird von Mezger, Lb. 419 geteilt. Gerade zu dieser Gruppe der

und hat die erforderliche Vorsatz-Schuld, den B daher als mittelbaren Täter der einfachen Passivbestechung zu bestrafen, steht m. E. nichts entgegen.

Eine andere Frage ist, ob der Nichtbeamte N als „doloses" Werkzeug zu bezeichnen ist. Dies ist m. E. zu bejahen. Denn mit Vorliegen des Vorsatzes ist noch nicht die Schuldfrage entschieden. Vorsatz ist nur ein Indiz der Schuld [191]). Der N hat zwar vorsätzlich in dem Sinne gehandelt, daß er rein psychologisch das Wissen und Wollen seiner äußeren Tat hatte, aber an diesen knüpft die Rechtsordnung nicht den Schuldvorwurf an, den sie erheben würde, wenn ein Intraneus tätig geworden wäre. Die mangelnde Qualifikation des N schließt den Schuldvorwurf, wie er den Intraneus treffen würde, aus. Der N handelt — wenn auch ohne Täterschuld, so doch vorsätzlich. Es ist daher zulässig, hier von „dolosem" Werkzeug zu sprechen [191]).

Das Reichsgericht hat bisher zum qualifikationslosen dolosen Werkzeug beim Sonderdelikt (in dem hier vertretenen Sinne, wo die Qualifikation strafbegründend ist), nicht Stellung genommen. Die im Schrifttum bei Behandlung des dolosen Werkzeugs beim Sonderdelikt vielfach herangezogene Reichsgerichtsentscheidung Bd. 28 S. 109 bezieht sich auf den Abs. 2 des § 348 StGB., der nur ein sog. „unechtes" Beamtendelikt ist, bei dem die Beamtenqualifikation lediglich strafschärfende Bedeutung hat. Die Strafschärfung des Abs. 2 des § 348 StGB. tritt ein hinsichtlich der Tatbestände der §§ 133, 267 und 274 StGB. [192]).

Flegenheimer will beim echten Beamtendelikt in dem Falle, wo ein Urkundbeamter eine Falschbeurkundung durch eine Privatperson vornehmen läßt (§ 348 Abs. 1 StGB.) unter Umgehung der Rechtseinrichtung der mittelbaren Täterschaft den Urkundsbeamten als unmittelbaren Täter der Falschbeurkundung, begangen durch rechtswidrige Unterlassung ihrer Hinderung bestrafen [193]).

Tätigkeitsdelikte ist im Anschluß an P. Wolf a. a. O. S. 76 auch der § 331 StGB. zu rechnen. Vgl. ferner Engelsing, Die eigenhändigen Delikte S. 42 und 56 ff.

[191]) Im Ergebnis übereinstimmend Hegler a. a. O. S. 309 f. Vom Standpunkt der „sog. Übergewichtstheorie" sieht Hegler beim qualifizierten Hintermann die Übergewichtssituation in objektiven Rechtswidrigkeitsmomenten (besondere Qualifikationen), während diese beim nichtqualifizierten Vordermann fehlen. Deshalb ist nach Hegler der Vordermann nicht Täter, „selbst wenn auch Vorsatz — Schuld bei ihm vorliegt (doloses Werkzeug." Von Vorsatz-Schuld hier zu sprechen, ist m. E. nicht angebracht, da leicht die Vorstellung erweckt werden könnte, es handele sich um Täter-Schuld. Korrekt ist es, wie oben im Text nur von „Vorsatz" zu sprechen.

[192]) § 348 Abs. 1 StGB. dagegen gehört als echtes Beamtendelikt zu den Sonderdelikten.

[193]) Flegenheimer a. a. O. S. 68, neuerdings auch Dießelberg. Täterschaft und Teilnahme beim Sonderdelikt, Diss. Tübingen 1931 S. 37.

Gegen ihn wendet sich insbesondere P. Wolf. Mit Recht sieht er in diesem Falle Flegenheimers Konstruktion eines delictum commissivum per omissionem als Fiktion an [194]).

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß bei den echten Amtsdelikten mittelbare Täterschaft, begangen durch ein doloses Werkzeug, rechtlich möglich ist, dagegen in den Fällen der unechten Amtsdelikte aus Gründen der unmittelbaren Täterschaft des Vordermanns verneint werden muß.

V. Die Bedeutung des Irrtums des Hintermanns über die Schuldfähigkeit der Mittelsperson.

Ist bisher unterstellt worden, daß der Hintermann bei Benutzung eines anderen als Werkzeug Kenntnis davon hatte, daß er auf einen Geisteskranken, auf einen in einem Irrtum Befindlichen, auf einen Nichtqualifizierten einwirkte, so sollen jetzt die Fälle behandelt werden, in denen sich der Hintermann über diese Momente in einem Irrtum befunden hat.

1. Fall: Der Hintermann glaubte, einen schuldlos handelnden Dritten als Werkzeug zu benützen, in Wirklichkeit jedoch handelte der Dritte mit Täterschuld. Der Hintermann wollte Täter (mittelbarer Täter) sein, in Wahrheit hat er jedoch nur bewirkt, daß ein anderer zum Täter (und zwar zum unmittelbaren Täter) geworden ist.

Die Streitfrage ist, ob man auf die Vorstellung, die sich der Hintermann macht, oder auf die wirkliche Sachlage Gewicht legen soll [195]). Hier zeigt sich vor allem die praktische Bedeutung der subjektiven und der objektiven Auffassung in der Teilnahmelehre. Das Reichsgericht läßt vom subjektiven Standpunkt aus lediglich die Willensrichtung des Hintermanns entscheidend sein und nimmt mittelbare Täterschaft des Hintermanns an [196]).

Nagler stimmt im Ergebnis mit der reichsgerichtlichen Auffassung überein. Er begründet seine Meinung dahin, daß zwar objektiv die Anstiftung Gestalt gewonnen habe, denn ein Deliktsfähiger sei durch die psychische Einwirkung des Hintermanns zur Fassung des nachmals auch ausgeführten Verbrechensentschlusses bestimmt worden. Subjektiv jedoch sei der Tatbestand der Anstiftung beim Hintermann nicht erfüllt. Dessen Irrtum über die Geistesbeschaffenheit des Vordermanns sei ein Irrtum „über die Richtung des Kausalverlaufs, der zwar den Charakter der Urheberschaft als solcher nicht zu trüben vermag, aber doch den spezifischen Anstifterdolus ausschließt, denn auf die Auslösung des Verbrechensvorsatzes in einem

---

[194]) P. Wolf a. a. O. S. 77.
[195]) Schulze a. a. O. S. 5.
[196]) so RGSt. 57, 274.

Dritten, auf die „Bestimmung" im Sinne des § 48 StGB. war eben sein Wille nicht gerichtet" [197]) Nagler neigt also auch im obigen Falle zur Annahme mittelbarer Täterschaft [198]).

Vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie dagegen geben Frank und Beling der objektiven Sachlage den Vorzug und nehmen Anstiftung des Hintermanns an. Sie gehen davon aus, daß der Tätervorsatz stets den Teilnehmervorsatz in sich schließe [199]). Der Anstiftervorsatz im Vergleich zum Tätervorsatz ist für sie nicht ein aliud, sondern nur ein minus [200]). Der Anstifter g e f ä h r d e t die Rechtsgüter, der Täter v e r l e t z t sie. Wie in der Verletzung objektiv zugleich eine Gefährdung des Rechtsguts liegt, so soll auch im Verletzungswillen der Gefährdungswille, im Täterwillen zugleich der Anstifterwille enthalten sein. Der Hintermann ist nach ihnen somit stets als Anstifter zu bestrafen.

2. Fall: Der Hintermann bestimmt eine geisteskranke Person zu einem Verbrechen in der irrtümlichen Annahme, sie sei geistig gesund. Der Hintermann will also nicht selbst der Täter sein, sondern nur einen anderen zur Tat anstiften.

Max Ernst Mayer hält den Irrtum des Hintermanns über die Verantwortlichkeit des Vordermanns für unbeachtlich. Nach ihm ist hier mittelbare Täterschaft anzunehmen, die nicht dadurch entfallen könne, daß sie vom Täter als Anstiftung angesehen werde [201]).

Gegen Mayer ist mit Recht eingewendet worden, „daß das Bewußtsein, es mit einem geistig gesunden oder geisteskranken Menschen zu tun zu haben, den Vorsatz des bestimmenden Hintermanns inhaltlich so stark beeinflußt, daß je nachdem Anstifter- oder Tätervorsatz als vorliegend zu erachten ist" [202]). Wollte man den Hintermann so behandeln, als hätte er um die Unzurechnungsfähigkeit des Vorder-

[197]) Nagler, Teilnahme S. 150 c.

[198]) Jedoch gesteht Nagler bei dolus eventualis auch die Möglichkeit der Anstiftung zu. Hat der Bestimmende „freilich mit der Möglichkeit, daß der Dritte als verantwortliches Subjekt die Tat vollführe, gerechnet und — da für ihn kein Interesse an der Ausführung gerade durch einen Haftfreien bestand — auch ohne weiteres diese Konstellation eventuell in seinen Willen aufgenommen, so hatte er den Anstiftervorsatz und unterfällt daher dem § 48 StGB." (Nagler, Teilnahme S. 151 Ziff. 1).

[199]) Frank, Komm. 3. Abschn. Teilnahme II 2 (S. 106); Beling, Lehre vom Verbrechen S. 254; Winter a. a. O. S. 32.

[200]) Zustimmend: Horn, Ungedruckte Breslauer Diss. 1928. S. 70.

[201]) Mayer, Lb. 395, 404; Eberhard Schmidt, Frank-Festg. Bd. II S. 131; Gerland, Grundriß 145; Winter 31; Wachenfeld, ZStW. 40, 133 ff.: (Der Hintermann irre nur über die Modalitäten der Herbeiführung des Erfolges ... Sein Irrtum sei ein Irrtum über den Verlauf der Kausalkette und ebenso belanglos, wie wenn er sich als Giftmischer den chemischen Prozeß der Giftwirkung anders als er wirklich stattfand, vorgestellt habe .. Freilich fehlt der animus auctoris beim Hintermann. Aber ob jemand mit animus auctoris oder animus socii handelt, dürfe hier so wenig wie bei der Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe eine berechtigte Rolle spielen.)

[202]) Horn a. a. O. S. 40.

manns gewußt, so würde man ihm einen Umstand zurechnen, den er nicht gekannt hat [203]). Auf Grund dieser Auffassung gelangt man wegen der extremen Akzessorietät der Anstiftung zur Straflosigkeit des Hintermanns [204]).

§ 5. Grenzen der mittelbaren Täterschaft.

Sind alle Delikte in mittelbarer Täterschaft begehbar?

Diese Frage gehört zu den meist umstrittenen Problemen des Strafrechts. Die Verwirrung der Anschauungen ist hier besonders groß, weil bei ihrer Beantwortung neben der Verschiedenheit der Auffassungen über das Wesen der mittelbaren Täterschaft überhaupt noch mannigfache Abweichungen in der Auslegung der einzelnen Tatbestände, insbesondere in der Richtung, ob sie die mittelbare Begehungsmöglichkeit offen lassen oder ausschließen, eine maßgebliche Rolle spielen.

I. Die Sonderdelikte.

Für die Sonderdelikte weist Frank in richtiger Erkenntnis ihres Wesens darauf hin, daß die Möglichkeit mittelbarer Begehung nicht weiter reichen kann als die rechtliche Möglichkeit, das Sonderdelikt in unmittelbarer Täterschaft zu begehen [205]). Dieser Auffassung, deren Richtigkeit später nachgewiesen wird, hat sich jedoch ein Teil der Literatur verschlossen und auch in den Fällen mittelbarer Täterschaft bejaht, wo beim Hintermann die strafbegründende Qualifikation fehlte. Veranlaßt ein Nichtbeamter einen Beamten, ein echtes Amtsdelikt vorzunehmen, und handelt der Beamte bei Ausführung des Delikts ohne Schuld, z. B. weil er geisteskrank ist oder sich in einem schuldausschließenden Notstande oder Irrtum befindet, so will dieser Teil des Schrifttums den veranlassenden Nichtbeamten als mittelbaren Täter des Sonderdelikts bestraft wissen [206]). Die schuldlose, aber objektiv tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat des qualifizierten Vordermanns soll dem nichtqualifizierten Hintermann als von ihm verursacht zugerechnet werden dürfen. Es herrscht dabei die Vorstellung vor, als ob das in Erscheinung getretene äußere Geschehen durch die Vermittlung der Kausalität nicht bloß in tatsächlicher, son-

---

[203]) Horn S. 38.

[204]) Lucas-Ebermayer, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis Bd. II S. 115.

[205]) Frank, Komm. 3. Absch. Teilnahme III (S. 108); Nagler a. a. O. S. 71 ff.

[206]) Allfeld, Lb. 215 Anm. 6; Petri a. a. O. S. 68; Huismans 35; Weber 36; Winter 38; auch Hegler, RG. Festgabe 314.

dern auch in rechtlicher Hinsicht das Werk des nichtqualifizierten Hintermanns geworden sei. Diese Grundauffassung tritt bei den einzelnen Schriftstellern in verschiedener Schattierung auf. Petri gelangt zu ihr auf Grund der Frage nach dem „geschützten Rechtsgut" der Sonderdelikte. Seine Fragestellung geht dahin, „ob anzuerkennen ist, daß in den fraglichen Deliktstatbeständen (gemeint sind die Sonderdeliktstatbestände) Strafen normiert worden sind für die Pflichtverletzungen dieser in den bestimmten persönlichen Beziehungen stehenden Personen oder ob die Straffestsetzungen nicht viel mehr gerichtet sind gegen Angriffe, welche auf allgemein geschützte Rechtsobjekte unternommen werden" [207]). Er kommt zu dem Ergebnis, daß ein Nichtqualifizierter zwar nicht einen bestimmten Pflichtenkreis zu verletzen imstande ist, daß er aber bewirkt hat, „daß die staatliche Ordnung und das gesellschaftliche Leben im Staate einer Gefährdung ausgesetzt worden sind. Wegen dieser seiner verursachenden Tätigkeit wird er zur Verantwortung gezogen [208]).

In ähnlicher Weise faßt Weber das Problem an. Nach ihm ist das durch die Amtsdelikte geschützte Gut nicht die Treupflicht des Beamten zum Staat, sondern „die Sicherheit von Staat und Gesellschaft, deren Eckpfeiler ein redliches Beamtentum ist". Werden die Amtsdelikte in diesem Sinn aufgefaßt, so könne auch ein Nichtbeamter dieses Rechtsgut durch Benutzung eines Beamten wirksam gefährden. Der Nichtbeamte sei für diesen strafrechtlichen Erfolg kausal geworden und müsse deshalb als Täter (mittelbarer Täter) des Amtsdelikts bestraft werden [209]).

Beide Auffassungen sind irrig. Sie verkennen das Wesen des Beamtendelikts als Sonderdelikt und verwischen vollkommen dessen Unterschied vom gemeinen Delikt [210]). Sie verkennen aber auch das Wesen der mittelbaren Täterschaft, die nicht eine Fiktion, sondern echte Täterschaft ist. Die Tat des Vordermannes wird nur als äußeres Geschehen in rein tatsächlicher Hinsicht dem untätig gebliebenen Hintermann als von ihm verursacht zugerechnet. Die rechtliche Würdigung dieses äußeren Geschehens hat — was die Frage nach der Täterschaft des Hintermannes betrifft — nur in Beziehung auf diesen zu erfolgen. Nur wenn das äußere Geschehen für den Hintermann rechtswidrig ist, kann von Schuld des Hintermanns, also von Täterschaft des Hintermanns, die Rede sein. Wie das äußere Geschehen inbezug auf den Vordermann rechtlich zu werten ist, ob es z. B. für den Vordermann rechtswidrig ist, oder ob für ihn die Rechtswidrigkeit infolge eines Rechtfertigungsgrundes ausgeschlossen ist, ist für den Hintermann belanglos. Der Gedanke einer „Übertragung" von recht-

[207]) Petri a. a. O. S. 48.
[208]) Petri S. 50.
[209]) Weber S. 36; desgl. Huismans S. 40.
[210]) Dießelberg 40.

lich bewerteten Momenten, die beim Vordermann vorliegen, auf den Hintermann ist schon um deswillen abwegig.

Wenn Petri und Weber aber in dem Sinne verstanden werden wollen, daß die Verletzung der Schutzobjekte der Sonderdelikte auch für den Nichtqualifizierten von vornherein verboten sei, so kann ihnen ebenfalls nicht zugestimmt werden, denn das Wesen des Sonderdelikts besteht m. E. gerade darin, daß „die Möglichkeit der Täterschaft auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt ist“ [211]). Wer außerhalb dieses Personenkreises steht, kann nicht Täter sein, und zwar weder unmittelbarer noch mittelbarer. Eine eingehende Begründung dafür gibt Nagler mit Hilfe seiner Theorie von der Normenadresse. In Anknüpfung an Bindings Normenlehre hat Nagler nachgewiesen, daß sich die Strafrechtsnormen nicht stets an alle Deliktsfähigen richten, sondern in gewissen Fällen von vornherein sich gebietend und verbietend nur an bestimmte Personengruppen wenden. Nagler hat zwei Gesichtspunkte aufgezeigt, die eine solche Regelung verständlich machen.

a). „Entweder ist das zu respektierende Rechtsgut ... so geartet, daß es nur einer besonderen Gruppe der Untertanen erreichbar ist“ [212]). Dann gebietet die Logik der Sachlage die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs der Normen auf diese Personengruppe.

b). „Oder die Rechtsordnung glaubt, zur Erreichung ihrer Aufgaben, insbesondere zur Herbeiführung solcher Veränderungen der Außenwelt, die dem Rechtsleben fördersam erscheinen, nicht die Allgemeinheit der Rechtsgenossen in Bewegung setzen zu müssen“ [213]). Dann führen praktische Erwägungen zu einer solchen Einengung des Täterkreises [214]).

Daß eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs der Strafrechtsnormen in unserem Recht nichts Ungewöhnliches ist, ergibt sich aus dem (durch Art. 173 des Versailler Vertrages gegenstandslos gewordenen) § 140 Abs. 1 StGB. Dieses Verbot, sich der Wehrpflicht durch Verlassen des Bundesgebiets oder nach erreichtem militärpflichtigem Alter durch Aufenthalt außerhalb des Bundesgebiets zu entziehen, kann nur praktische Bedeutung haben für die männliche Bevölkerung. Die direkte Beziehung der Vorschriften über Militär- und Wehrpflicht auf die andere Hälfte der Rechtsgenossen verbietet sich ohne weiteres von selbst. Ihr kann die Kundgebung des Gesetzeswillens unmittelbar gar nicht gegolten haben [215]). Das dem § 140 StGB zugrunde liegende Verbot kann sich vernünftigerweise nur auf einen Teil der Rechtsgenossen beziehen.

---

[211]) Mezger, Lb. S. 186.
[212]) u. [213]) Nagler, Teilnahme ... 9; auch dort gesperrt gedruckt.
[214]) Zahlreiche Beispiele für diesen Fall gibt Nagler 9 ff.
[215]) Nagler a. a. O. S. 17; vgl. noch dort S. 48 Naglers Beispiel betreffs § 4 Abs. 2 Ziff. 1 StGB. (Münzverbrechen).

Diese Erscheinung ist auch bei den Beamtendelikten festzustellen. Unter dem Gesichtspunkt, daß gewisse Rechtsgüter nur einem Beamten erreichbar und daher von ihm verletzbar sind, nennt die Rechtsordnung als Täter den Beamten. Sie gibt damit zu erkennen, daß sie lediglich den die Beamteneigenschaft Besitzenden als möglichen Täter betrachtet. Daraus ist zu schließen, daß sich ihre Normen vernünftigerweise nur an ihn richten, daß also nur der Beamte durch die Norm verpflichtet wird. Denn „wie sollte auch eine solche Vorschrift, der nur unter der Voraussetzung des Hinzutritts besonderer Verhältnisse Inhalt und Wirkung zukommen soll, in der Allgemeinheit der Rechtsgenossen Widerhall finden? Gewiß — die Ge- oder Verbote werden stets nur unter individuellen, in die äußere Erscheinung tretenden Umstände praktisch, und erst dann tritt die konkrete Gehorsamspflicht aus der abstrakten Gebundenheit des einzelnen hervor. Aber die Bindung durch einen Rechtssatz, der sich jederzeit in den wechselnden Gestaltungen des Rechtslebens zu einer konkreten Gehorsamspflicht verdichten kann und dann für den einzelnen unmittelbar die Richtschnur seiner Betätigung bilden soll, hat die u n b e d i n g t e [216]) Gültigkeit und Wirksamkeit für das Individuum zur Voraussetzung. Wenn es zur Möglichkeit der Realisierung eines Verbrechenstatbestands durch den einzelnen erst noch seines Einritts in ein besonderes Rechtsverhältnis mit eigenartigen Obliegenheiten bedarf, so ist das Individuum zunächst noch gar nicht vinkuliert. Die Bindung tritt erst mit dem Entstehen der Voraussetzungen ein, aus denen sie ihre Kraft und ihren Vernunftgehalt entlehnt“ [217]). Nagler geht also davon aus, daß ein Rechtssatz, bei dem sich unter ganz individuellen Umständen die konkrete Gehorsamspflicht aus der abstrakten Gebundenheit entwickelt, schon von vornherein für den einzelnen Geltung haben muß Wenn es zur M ö g l i c h k e i t der Verwirklichung eines Verbrechenstatbestands durch den einzelnen erst noch seines Eintritts in ein besonderes Rechtsverhältnis, Beamtenverhältnis bedarf, dann richtet sich — wegen des Grundsatzes, daß das Gesetz für den einzelnen u n b e d i n g t e Gültigkeit haben muß — das Gesetz nur gegen den, der s c h o n in dem besonderen Rechtsverhältnis, Beamtenverhältnis steht. Nur an einen solchen richtet das Gesetz das Ge- oder Verbot [218]), nur er ist Normenadressat.

Wer dagegen nicht in dem Rechtsverhältnis, Beamtenverhältnis, steht, gegen den richtet sich die Norm nicht. Er braucht die Norm nicht zu respektieren, denn sie fordert von ihm keine Beachtung [219]).

[216]) von Nagler gesperrt.

[217]) Nagler a. a. O. S. 17/18.

[218]) Ob er sich gegen das Gesetz auflehnt, ist eine andere Frage, die mit der oben im Text behandelten nicht identisch ist.

[219]) Naglers Auffassung wird geteilt von Binding, Normen I, 126; derselbe, Grundriß 72; Schoetensack, Binding-Festschr. Bd. 1 (1911) S. 379 ff.; Höpfner, ZStW. 22, 209; Oetker, GerS. 68, 300 ff.; Finger, Lb. 108.

Die Richtigkeit dieser Auffassung hat v. Bar bestritten und im Gegensatz zu ihr die Behauptung aufgestellt, daß sich die Norm keineswegs nur an bestimmte Stände gesondert richtet, sondern „an alle auch sonst durch das Strafgesetz verbundenen Personen, unter der Voraussetzung, daß sie in die betreffende, vom Gesetz bezeichnete Lage kommen“ [220]).

v. Bar ist abzulehnen. Denn er beachtet nicht den Unterschied, der zwischen dem Fall der physischen Unmöglichkeit, ein Delikt in unmittelbarer Täterschaft zu begehen, und dem der rechtlichen Unmöglichkeit unmittelbarer Deliktsbegehung besteht.

„Fehlen dem einzelnen nur Versuchung, Mittel und Gelegenheit zur Zuwiderhandlung, so ändert dies nichts an der Tatsache, daß die Rechtsordnung mit ihren Postulaten auch zu ihm spricht und auch ihn ihrem Herrscherwillen unterworfen hält. Ganz anders indessen dann, wenn Voraussetzungen besonderer Art erfordert werden, die für einen speziellen, daran anknüpfenden und in unmittelbarem Zusammenhang damit verbleibenden Pflichtenkreis die rechtliche Basis bilden. Hier kann die Rechtsquelle vernünftigerweise unmittelbar doch nur d i e Untertanen mit ihren Ge- und Verboten treffen wollen, die durch die besonderen Merkmale ausgezeichnet sind. Handelt es sich um den Schutz von Rechtsgütern, die überhaupt nur den Angriffen einer besonderen Gruppe der Rechtsgenossen ausgesetzt sind, so fehlt jede Veranlassung, unmittelbar auch d i e Rechtsunterworfenen zu vinkulieren, denen die zu schützenden Lebensinteressen gar n i c h t e r r e i c h b a r sind. Hat aber die Rechtsordnung die Herbeiführung von Veränderungen der Rechtswelt .... n u r d e n P e r s o n e n auferlegt, die ihr durch persönliche Tatumstände dazu geeignet erscheinen, so hat sie sich von vornherein des Machtspruchs an die Allgemeinheit begeben“ [221]).

Die Frage, ob der nicht qualifizierte Hintermann bei Benutzung eines qualifizierten schuldlos handelnden Vordermanns mittelbarer Täter des Sonderdelikts sein kann, ist auf Grund dieser Ausführungen schon mitentschieden. Da der Nichtbeamte nicht Adressat der Norm ist, kann er weder unmittelbarer noch mittelbarer Täter sein. Denn „ist der einzelne vermöge der besonderen Richtung des Ge- oder Verbots ... überhaupt nicht imstande, dieser Vorschrift zuwiderzuhandeln, so kann auch die Tatsache nichts daran ändern, daß er vermöge der Gunst besonderer Umstände durch das Mittel einer zur Klasse der Vinkulierten gehörigen Person einen äußeren Erfolg herbeiführen kann, der ein Sonderverbrechen darstellen würde, falls er die Verwirklichung des schuldhaften Willens des Mittels wäre [222]).

---

[220]) v. Bar, Gesetz u. Schuld II, S. 657; vgl. zum Ganzen Dießelberg Seite 15.

[221]) Nagler, Teilnahme ... S. 17.

[222]) u. [223]) Nagler, Teilnahme ... 72.

„Der Nichtvinkulierte handelt sittlich schuldhaft, aber er entbehrt der rechtlichen Schuld [223])." Die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft eines Nichtqualifizierten ist somit zu verneinen. Wer ein Delikt aus rechtlichen Gründen als unmittelbarer Täter nicht begehen kann, ist auch nicht imstande, es in mittelbarer Täterschaft zu verwirklichen.

II. Die Gemeinverbrechen.

1. Die Erfolgsdelikte.

Die weitaus größte Zahl der Gemeinverbrechen sind die sog. Erfolgsdelikte. Es sind Delikte, zu deren Tatbestand ein durch ein menschliches Verhalten verursachtes, jedoch von ihm unterscheidbares Ereignis gehört [224]). Nur auf die Verursachung des Erfolges wird bei ihnen Wert gelegt, nicht aber auf die Art der Herbeiführung. Mittelbare Täterschaft ist somit zulässig.

2. Die Tätigkeitsdelikte.

Den Gegensatz zu den Erfolgsdelikten bilden die sog. Tätigkeitsdelikte. Bei ihnen erschöpft sich der Tatbestand in einem positiven oder negativen Verhalten. Sie sondern sich in solche Delikte, die nur „eigenhändig" begehbar sind und daher mittelbare Täterschaft ausschließen, und solche, die fremdhändige Begehung zulassen [225]).

a) Die eigenhändigen Delikte.

aa) Allgemeiner Überblick.

Schon dem Wortlaut nach sind manche Tätigkeitsdelikte so gefaßt, daß sie ersichtlich nur den unmittelbar Tätigen treffen. Das ist anzunehmen für das „Landstreichen" im Sinne des § 361 Ziff. 3 StGB., für das „unerlaubte Zurückkehren" eines Ausgewiesenen (Bannbruch § 361 Ziff. 2 StGB.), das „Sichhingeben dem Spiel, Trunk oder Müßigkeit") (§ 361 Ziff. 5), für das „unbefugte Tragen" einer Uniform (§ 360 Ziff. 8) und die „Verweigerung" der Hilfeleistung (§ 360 Ziff. 10 StGB.), also grundsätzlich bei den Übertretungen.

Unter den Verbrechen und Vergehen gehören zu den eigenhändigen Delikten die Tatbestände, die Zeitworte wie: „Kriegsdienste nehmen", „Waffentragen" (§ 88 StGB.), an einem Aufruhr, Landfriedensbruch, an einer staatsfeindlichen Verbindung „teilnehmen" (§§ 115, 125, 128, 129 StGB.), auf eine berechtigte Aufforderung „sich nicht entfernen" (§§ 116 und 123 StGB.) gebrauchen. Mittelbare Täterschaft ist hier ausgeschlossen [226]).

---

[224]) Frank, Komm. II 1 a. E. zu § 1 (S. 10).
[225]) Mezger, Lb. 419.
[226]) vgl. die nähere Aufzählung bei P. Wolf S. 200; Engelsing S. 47; Mezger, Lb. S. 419.

bb. Die Eidesdelikte.

Der Begriff der Eidesdelikte verträgt sich nicht mit fremdhändiger Begehung, denn Eidesleistung bedeutet Bekräftigung der eigenen Beweisaussage durch Eid Wer weder aussagt, noch schwört, leistet keinen Eid. Er kann daher auch nicht Meineidtäter sein [227]). Wer nur veranlaßt, daß ein anderer einen Eid leistet, „schwört" nicht. Aus dem Wesen der Eidesleistung als einem höchstpersönlichen Tun ist daher mittelbare Begehung zu verneinen. Es bedurfte, um die Veranlassung zu einem irrtümlich geleisteten Falscheid bestrafen zu können, daher der Schaffung eines besonderen Delikts, das schon die „Verleitung zum Falscheid" mit Strafe bedroht (§ 160 StGB.) [228]).

Andere dagegen halten mittelbare Begehbarkeit mit dem Wesen der Eidesdelikte für vereinbar. Sie stellen das Interesse des Staates an der Bestrafung des Meineidstäters in den Vordergrund und folgern, daß dieses Interesse, nämlich der Schutz der Rechtspflege, auch von dem verletzt werden könne, der durch Täuschung einen anderen bestimmt, vor Gericht eine unwahre Aussage zu machen und zu beschwören. Der § 160 StGB. soll nach ihnen überflüssig sein. Jedoch erkennen auch sie an, daß nach geltendem Recht die Eidesdelikte in mittelbarer Täterschaft nicht begehbar sind, denn wenn zwar nicht begrifflich, so sei zum mindesten durch die Bestimmung des § 160 StGB. positivrechtlich die mittelbare Täterschaft bei Eidesdelikten ausgeschlossen [229]). Sie stimmen im praktischen Ergebnis mit der hier vertretenen Ansicht überein und verneinen mittelbare Täterschaft.

b) Tätigkeitsdelikte, welche die mittelbare Begehung zulassen.

Daß auch Tätigkeitsdelikte in mittelbarer Täterschaft begehbar sind, hat schon Höpfner richtig erkannt. Er bejaht die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft bei Delikten, die als Tätigkeit „Vorschub leisten" (§ 89 StGB.), „Nachteil zufügen" (§ 90 StGB.) [230]), „unternehmen" einen Hochverrat, eine Parlamentssprengung, eine Beamtennötigung, eine Verleitung zum Meineid (§§ 81, 105, 114, 159 StGB.) bezeichnen [231]). Seine Aufzählung ist noch zu ergänzen. Hinzuzufügen sind die Delikte, die von „beleidigen" (§ 185 StGB.), „verbreiten" unwahrer Tatsachen usw. (§§ 186, 187 u. 189 StGB.) sprechen [232]). Diese Delikte sind m. E. als in mittelbarer Täterschaft begehbar anzusehen.

---

227) Höpfner, ZStW. 22, 212; Binding, GerS. 71, 6; P. Wolf S. 198 und Schulze S. 27.

228) Frank, Komm. I zu § 160; RGSt. 37, 92.

229) Weber S. 40; Winter S. 37; Petri S. 47.

230) mit Ausnahme von Ziff. 5, 1. Satz: „als Spion dienen" (vgl. P. Wolf S. 119).

231) Höpfner, ZStW. 22, 214.

232) vgl. P. Wolf S. 199.

3. Zweifelhafte Fälle mittelbarer Täterschaft: Delikte wider die eheliche Treupflicht, gegen die Volkskraft und gegen die Sittlichkeit.

Unter den im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs geregelten Delikten schließen die §§ 172, 175, 176 und 177 Abs. 1 2. Satzteil mittelbare Begehbarkeit aus.

Das Wesen des Ehebruchs bildet die Verletzung des ehelichen Treueverhältnisses durch Geschlechtsverkehr zwischen dem einen Ehegatten und einer dritten Person [233]). Daß der Treubruch das maßgebliche Moment ist, geht daraus hervor, daß der Gesetzgeber den außerehelichen Beischlaf straflos gelassen hat. Der Beischlaf ist eben nur dann strafbar, wenn er „unter Verletzung gewisser Pflichten, so beim Ehebruch, der von den beiden Ehegatten durch die Eheschließung eingegangenen sittlichen Verpflichtung, sich gegenseitig die Treue zu wahren und nur miteinander Geschlechtsverkehr zu pflegen, vollzogen wird. ... Diese Treupflicht kann aber kein anderer verletzen als der konkumbierende Ehegatte selbst. Damit, daß jemand durch Täuschung die Vollziehung des Beischlafs zwischen einem Ehegatten und einer dritten Person herbeiführt, kann er höchstens den äußeren Umriß eines Ehebruchs erzeugen. Das eheliche Treueverhältnis selbst ist dadurch unberührt geblieben“ [234]). Die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft ist also bei § 172 StGB. zu verneinen [235]). Wenn der Ehemann E einen Dritten veranlaßt, mit der verheirateten Frau X den Beischlaf zu vollziehen, so hat der Ehemann E seiner Ehefrau (E) gegenüber das geschlechtliche Treueverhältnis nicht gebrochen.

Mittelbare Begehung ist auch in dem Falle der widernatürlichen Unzucht (§ 175 StGB.) ausgeschlossen [236]). Wer einen Geisteskranken bestimmt, sich mit einem Dritten des öfteren im Sinne des § 175 StGB. zu vergehen, betätigt sich nicht selbst homosexuell. Seine Zeugungskraft wird nicht geschwächt. Der völkische Zweck der Ehe, gesunde Kinder zu zeugen, wird dadurch nicht vereitelt.

Die §§ 176 Ziff. 2 und 177 Abs. 1 2. Satzteil StGB. schließen ebenfalls mittelbare Begehung aus. Schon aus dem Wortlaut: „Wer eine Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenlosen oder bewußtlosen

---

[233]) Einen geschichtlichen Überblick über die Auffassung des Ehebruchs gibt Allfeld, Lb. S. 411.

[234]) Brandt S. 47.

[235]) so auch Frank, Komm. 3. Abschn. Teilnahme III a. E. (S. 109), der den § 172 StGB. ausdrücklich zu den eigenhändigen Delikten zählt. Desgl. P. Wolf S. 195. *A. M.* Lobe, LeipzKomm. Einltg. S. 134; Huismans S. 37.

[236]) so auch Höpfner, ZStW. 22, 213; Oppler, GerS. 70, 391 f.; P. Wolf S. 197.

Zustand versetzt hat" ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, daß Identität der nötigenden und der konkubierenden Person gefordert wird [237]). Das gleiche [238]) gilt für den Fall des § 176 Ziff. 2 StGB. Mittelbare Begehung wird durch den Wortlaut des Gesetzes auch hier ausgeschlossen.

Anders verhält es sich jedoch mit den Tatbeständen der §§ 173 und 177 Abs. 1 1. Satzteil StGB. Beide sind in mittelbarer Täterschaft begehbar. Der § 173 StGB. setzt voraus die Beischlafsvollziehung unter Verletzung enger verwandtschaftlicher Beziehungen. Diese Beziehung ist nicht eine Treupflicht — wie zwischen Ehegatten, vielmehr etwas rein Tatsächliches [239]), Unverzichtbares. Nicht bloß an diejenigen, die schon in einem solchen Verwandtschaftsverhältnis stehen, richtet sich die Vorschrift des § 173 StGB., sondern an jeden Rechtsgenossen. Zwar ist ihre Verletzung in concreto nicht für jedermann unmittelbar möglich, wohl aber in abstracto [240]), denn jeder kann seinen blutmäßigen Verwandtenkreis selbständig erweitern. § 173 StGB. ist ein Gemeindelikt [241]). Eine Verletzung der sittlichen Reinheit der verwandtschaftlichen Beziehungen soll verhindert werden. Sie ist verletzt, selbst dann, wenn ein Nichtverwandter in Kenntnis der Sachlage bewirkt, daß ein Bruder mit seiner leiblichen Schwester in Unkenntnis des Geschwisterverhältnisses den Beischlaf vollzieht. Da der Geschlechtsverkehr so Nahestehender objektiv verhindert werden soll, unterfällt nach dem Willen des Gesetzes jeder, der ihn verursacht, der Strafbestimmung. Mittelbare Täterschaft der Blutschande ist rechtlich möglich [242]).

Der § 177 Abs. 1 1. Satzhälfte StGB. läßt ebenfalls mittelbare Begehung zu. „Eine Nötigung zur Duldung des außerehelichen Beischlafs" liegt auch dann vor, wenn der Nötigende nicht selbst den Beischlaf vollzieht, sondern ihn durch eine andere Person vollziehen läßt [243]). Mit Recht weist P. Wolf darauf hin, daß das Gesetz das Schwergewicht auf die „Nötigung" legt, nicht aber auf die „Vollziehung des Beischlafs" mit einer zu diesem Zwecke vergewaltigten Frau [244]). Benutzt die nötigende Person einen ohne verbrecherischen Vorsatz Handelnden, z. B. einen Geisteskranken, zur Vollziehung des

---

[237]) Frank, Komm. § 177 Ziff. 2.

[238]) Binding, Lb. I 203; Olshausen, Komm. (1927) § 176 Anm. 12. *A. M.* bezüglich des § 176 Ziff. 2 StGB. zu Unrecht Frank, Komm. § 176 Anm. 2

[239]) Brandt S. 51.

[240]) Schreiber, Täterschaft u. Teilnahme, Strafrechtl. Abhdlg. Heft 172 S. 3 u. 5.

[241]) so Nagler a. a. O. S. 13; Schreiber S. 5. A. M. Dießelberg S. 18, der hier ein Sonderdelikt annimmt.

[242]) Mezger, Lb. 419; Brandt S. 51.

[243]) Brandt S. 52; ebenso Frank, Komm. § 177 Anm. 1; Nagler, Teilnahme ... S. 69 Anm. 2; P. Wolf S. 190.

[244]) vgl. dazu die näheren Ausführungen bei P. Wolf S. 190.

Beischlafs, so ist sie Alleintäter [245]). Sie hat ja durch die Mittelsperson die Geschlechtsfreiheit des Opfers verletzt. Sie ist mittelbarer Täter der Notzucht. Selbst eine Frau kann in dieser Weise die Verwirklichung der Notzucht bewirken. Daß sie diese aus physischen Gründen in unmittelbarer Täterschaft zu begehen nicht imstande ist, hindert die Annahme mittelbarer Täterschaft nicht, denn wo es sich nur um die faktische Erreichbarkeit des Angriffsobjekts handelt, kann sich der Täter zur Erreichung seines Zieles physischer Hilfsmittel bedienen. Von dieser Möglichkeit wird ja gerade in den meisten Fällen mittelbarer Täterschaft Gebrauch gemacht. Hiervon bei § 177 StGB. eine Ausnahme zu machen, liegt kein Grund vor. Denn der § 177 ist ebenso wie der § 173 ein Gemeindelikt, dessen Norm sich an alle Personen ohne Unterschied des Geschlechts richtet. Auch von einer Frau kann somit Notzucht unter Benutzung einer geisteskranken männlichen Person als Werkzeug in mittelbarer Täterschaft begangen werden.

Die §§ 179, 180, 181 und 181 a StGB. sind schon auf Grund ihres Wortlauts in mittelbarer Täterschaft begehbar.

Jedoch macht der § 181 a StGB. bezüglich der mittelbaren Begehung durch Frauen eine Ausnahme. Positivrechtlich wird nämlich im § 181 a (Zuhälterei) der Kreis der Täter lediglich auf männliche Personen beschränkt, obwohl weibliche Zuhälterei sehr wohl denkbar ist. Eine Frau kann de facto auch von einer Prostituierten „unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes ... Lebensunterhalt beziehen". Sie kann auch einer Prostituierten „gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewähren oder sonst förderlich sein". Auch einer Frau ist es möglich, den äußeren Vorgang zu verwirklichen. Die Norm richtet sich auch an sie. Aber eine Strafe wird einer solchen Frau nicht angedroht. „Die weibliche Zuhälterei ist zwar verboten, aber nicht strafbar" [246]). Verbotswidrig kann die Frau sowohl durch unmittelbare wie durch mittelbare Herbeiführung des Erfolges handeln. Die Reaktion der Strafe knüpft aber nicht an ihr Handeln an. § 181 a ist ein Fall, wo die Norm zwar auch die Frauen ergreift, die Strafdrohung aber sie nicht erfaßt. Deshalb kann eine Frau wegen Zuhälterei nicht bestraft werden. Unmittelbare wie mittelbare Begehung dieses Delikts scheidet für eine Frau aus.

---

[245]) Frank, Komm. § 177 Anm. 1.
[246]) Nagler S. 16.

§ 6. Ausblick auf die neue Rechtsgestaltung.

Jahrzehntelang schon sind Bestrebungen im Gange, ein neues Reichsstrafgesetzbuch zu schaffen. Mannigfache Vorschläge sind von der Wissenschaft gemacht worden. Verschiedene Strafrechtsentwürfe sind ausgearbeitet worden. Ein reiches Schrifttum ist entstanden. Einen besonderen Antrieb erhielten die Reformbestrebungen durch den Sieg der nationalsozialistischen Revolution. Gilt es doch jetzt, nationalsozialistisches Gedankengut in dem für die Volksgesamtheit wie für den einzelnen äußerst wichtigen Strafgesetzgebungswerk zu verkörpern. Die nationalsozialistische Weltanschauung, getragen von der Erkenntnis der Bedeutung der Rasse für das Staats- und Rechtsleben [247]) und von dem Gedanken der unbedingten Unterordnung des einzelnen unter das Wohl des Volksganzen, macht eine Abkehr von dem liberalen Geist der früheren Jahre, der sich auch in den letzten Strafrechtsentwürfen von 1927 und 1930 vorfindet, notwendig. Der seit dem eingetretene Wandel in den Volksanschauungen ist nirgends so bemerkbar wie im öffentlichen Recht — im Staatsrecht und auch im Strafrecht — und sucht nach Form und Gestaltung. Im Vordergrunde steht dabei der Gedanke, Volk und Nation unter erhöhten Schutz zu stellen. Die deutsche Volksgemeinschaft soll vor Schädlingen geschützt werden. Um einen wirksamen Schutz dieser Rechtsgüter zu gewährleisten, soll das neue Strafrecht nicht bloß die Verletzung, sondern grundsätzlich schon die Gefährdung der Lebensgüter des Volkes erfassen. Nicht erst bei Eintritt des verbrecherischen Erfolgs, den die Tätigkeit des Verbrechers auslöst, soll der Staat strafend einschreiten, sondern „schon dort, wo in strafbarer Weise die asoziale Einstellung, der auf die Störung des Rechtsfriedens gerichtete verbrecherische Wille — — gefährdend in Erscheinung tritt" [248]). In Verfolg dieses Gedankens soll nach Vorschlag des Preußischen Justizministers [249]) jeder, der auch nur irgendwie ein Rechts-

---

[247]) vgl. Nicolai, Die rassengesetzliche Rechtslehre. München 1933 S. 44 ff.

[248]) Deutsches Recht, Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, herausgegeb. von Reichsjustizkommissar Dr. Hans Frank. München Jahrg. 1934 Heft Nr. 3 S. 1.

[249]) Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrft. d. PreußJustizmin., Berlin 1933, S. 117 u. 123.

gut gefährdet, Täter sein. Die Teilnahmeformen sollen gänzlich fortfallen. Jede Mitwirksamkeit zum Erfolg, ganz gleich, welches Maß der Tätigkeit dabei entfaltet wird, soll täterschaftlich sein. Umfang und Größe der Mitwirksamkeit zum Erfolg soll lediglich im Wege richterlicher Strafzumessung Berücksichtigung finden [250]). In dem weiten Täterbegriff sollen die bisherigen Unterscheidungen von Mittäterschaft und Beihilfe, Anstiftung und mittelbarer Täterschaft aufgehen [251]). Die Reichsregierung hat sich zu diesen Vorschlägen noch nicht geäußert. Mit ihrer Gesetzwerdung werden die großen Schwierigkeiten, die im geltenden Recht bisweilen das Problem der mittelbaren Täterschaft bereitet, verschwinden.

---

[250]) Noak, Deutsches Recht, Jahrg. 1934 Nr. 3 S. 51.
[251]) vgl. Anm. 249 dieser Abhandlung.

Lebenslauf.

Ich, Johannes Franz Bubolz, bin am 15. September 1909 in Breslau geboren. Meine Eltern sind der Oberpostinspektor Franz Waldemar Bubolz und dessen Ehefrau Cäcilie geb. Jaskowski. Ich bin arischer Abstammung, besitze die deutsche Reichsangehörigkeit und bin katholischen Bekenntnisses.

Nach dreijähriger Volksschulbildung besuchte ich die höhere Privatschule in Trebnitz i/Schl. bis Untersekunda und dann $2^1/_2$ Jahre das Realgymnasium in Lüben, das ich im März 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau und Bonn.

Am 23. Dezember 1932 bestand ich beim Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Zur Zeit bin ich als Referendar beim Landgericht in Breslau tätig.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 28. Juli 1934 statt.